EUNOMIA ROMANA;

ſive Cenſura Cenſuræ

JURIS JUSTINIANÆI.

PROOEMIUM.

Conſilium eſt nobis, ſi Deo viſum fuerit O. M. vitam & otium largiri, exponere loca Juris Romani, quæ à variis Scriptoribus tam peritis quam imperitis Juris, ut fálſa, iniqua, indecora, abſurda, corrupta, ſubornata, variè traducuntur, eadem vindicare, ſanare aut excuſare, vel quod res eſt, confiteri σαφῶς καὶ μὴ πανὑεργω non invidentes eorum gloriæ, quibus ars & laus eſt quam plurimos Juris nævos detegere, magis ut tamen delectemur, ubi cum ratione illos abſtergere liceat, Quod fieri, cum opera necdum in id data ſit, Juris Studii plurimum intereſt. Etſi enim vis legum, ac ratio minus proba ſit, non deficiat nec dicere liceat, quod aliqui Juris-conſultis vindicatum vellent: *Amicus Papinianus, amicus Juſtinianus, ſed magis amica veritas;* auctoritati tamen & dignitati Artis plurimum decedit, ſi Juris ſanctiones à philoſophia civili, ſanctitate juris divini, & ab omni veritate recedere videantur. Denique favor, quo genus hoc cenſuræ per ſpeciem libertatis & ingenuitatis, ab Interpretibus Artis inprimis exercitum, vulgò accipitur, nimis grave creat Artis præjudicium, qnam ut ei, ſalvâ veritatis teſſerâ non ſit occurrendum. Procul à nobis abeſt ſuperſtitio ſanctè tuendi errores veterum; ſed cautionem, ne quod pleriſque accidit, damnent quæ non intelligunt; quærimus. Nec quidem in iſtam concedemus partem, quam in Inſtitutione ſuâ *Fabius* ignoſcit Auditoribus, ut omnia potius Veterum

laudent, quam multa reprehendant. Denique nec illud modo quod repudiatum, adſpernabimur, *Amicus Papinianus*, *Amicus Juſtinianus*, *ſed magis amica veritas.* Id enim heic agitur, ut ipſorum non auctoritas, ſed ratio & vindacata rationi valeat auctoritas. In hoc autem genere non habemus, ut dixi, quod exemplum præbeat; Idcirco nos hæc primum inſtituimus προγυμνασικῶς, ut hominum judicia expertis, ſi quid mutandum videatur, facultas & copia daretur. Tantum abſumus ab illo, τὸ ὀρθοῦσθαι γνώμαν, ὀδυνᾷ; *Emendari ſententiam dolet.* Gratiam vero inprimis inituros profeſſi ſumus, qui monere de hiſce, quæ deſunt, in tempore non gravabuntur. Hoc quidem longius opus eſt, forte ſerius inchoatum, quàm ut aliis occupato, hac ætate, quæ ſupereſſe queat, abſolvendi ſpes ſit; quod quidem in Dei manu ſitum eſt. A Pandectis initium faciemus ſimulque in Inſtitutionibus ſiqua occurrent peculiaria complectemur. Ita futurum eſt, ut totum Artis ſyſtema vindicatum habeamus. De Codice & Novellis deinde videbimus, ſi videndi facultas erit, & fata Deuſque ſinant. Non hærebimus circa Antinomias, multo minus circa alias difficultates innumeras in Jure paſſim occurrentes. In terminis philoſophiæ Civilis variæque eruditionis collatæ cum juriſprudentiâ, conſiſtemus: & vel ſic ſatis erit difficultatum & controverſiarum.

2. Non erit abs re Digeſtis præmittere Conſtitutionem duntaxat unam Juſtiniani, de compoſitione Digeſtorum, quâ dedit hiſce vim legum, eam quæ eſt in *Tit. C. de Vet. Jur. enucl.* & incipit, *Dedit nobis.* quâ perluſtratâ non erit, quod de cæteris ejuſdem argumenti Conſtitutionibus admodum laboremus. Edita eſt hæc Conſtitutio cum publicatione Pandectarum, tertio Juſtiniani Conſulatu, qui fuit ſextus imperii ipſius & Chriſti DXXXIII.

Inpr. Legis, Dedit nobis Deus C. de Vet. Inr. enucl.

Δέδωκεν ἡμῖν ὁ Θεὸς &c. Τὸ τῆς ἐπανορθώσεως τῶν παλαιῶν νόμων ἔργον εἰς πέρας ἀπαγαγεῖν· ὅπερ οὐδεὶς τῶν πρὸ ἡμῶν βεβασιλευκότων οὐδὲ εἰς νοῦν βαλέσθαι ἤλπισεν ἄν. Id eſt. *Dedit nobis Deus &c. ut inſtitutum renovandi Leges antiquas ad finem perduxerimus, quod nemo ante nos Principum in animum inducere auſus fuerat.*

3. Hoc quidem falſi arguere videtur Suetonius, qui Julium Cæſarem, *in hujus vitâ* refert, id habuiſſe conſilii; ut *Jus civile ad certum modum redigeret, atque ex immenſâ diffusâque legum copia, optima quaque & neceſſaria in pauciſſimos conferret libros, cap.* 44. Quo nomine memini in Academiâ Marpurgenſi audire Profeſſorem è cathedra narrantem, ſe audiviſſe

Digitized by Google

viſſe Erycium Puteanum in Auditorio ſuo maledicentem memoriæ Bruti & Caſſii, quod nimis crudo ſervitii odio, Cæſare necato, tantum bonum generi humano intercepiſſent. Etſi credo, nec defuturos fuiſſe tum temporis, qui nihil æquius à Cæſare Julio, quam dein à Juſtiniano factum, illam operam accepiſſent: quando nec Cicero ferre potuit in *Bruto*, quod is epiſtolæ cuidam ſubſcripſerat diem menſis Julii, à Cæſare poſt reformatum Kalendarium, ita dicti. *lib.* 16. *ad Att. I.* ut iniquior eſſet tyranno quam; ipſe tyrannoctonus, qui judicium ſecernendi bonum à malo non extinxerat odio, niſi quod Ciceronis affectui vel rationi deinde ceſſit ad pœnitentiam. Præterea conſtat, Hadrianum Imperatorem, Jus Prætorium, quod magna pars erat ejus, quo populus Romæ utebatur, in compendium redegiſſe Salvium Julianum; à quo eſt Edictum Perpetuum. Nec contemnenda eſt opera Theodoſii Imperatoris in Codice ſuo; nec non Gregorii & Hermogenis, à quibus fuere Codices auctoribus ſuis cognomines, quorum prior nec ipſius Juſtiniani poſteriore cura potuit aboleri.

4. Reſponſio ad objectionem primam eſt; ſi Juſtinianus hanc Julii Cæſaris cogitationem non ignoravit; quod nec ſi aliter eſſet, magnum crimen foret; cenſeo, intelligenda eſſe ejus verba de Cæſaribus Conſtantinopolitanis, & de jure veteri, quod fuit inde poſt Antoninos Imperatores, quando Jus Romanum ſextuplo majus & confuſius erat, quam tempore Cæſaris Dictatoris. Pertinet eadem reſponſio ad ſecundam de Hadriano objectionem, præter quod is civile jus, quod in commentariis Juris-conſultorum extabat, non attigit; ad quam partem hæc Juſtiniani adſeveratio ſpectat. Idem proinde ſerviat reſponſioni ad objectionem poſtremam, ſiquidem Codices Theodoſianus, Gregorianus, Hermogenianus ad Conſtitutiones Principum, non ad Artem Juris antiqui pertinuerunt.

In eodem pr. L. dedit Deus.

5. Τὸ μὲν μαχόμενον αὐτοῖς ἐξελεῖν, τὸ δὲ ταυτὸν τε καὶ ὅμοιον ἐξωθίζαι, Id eſt, ut *pugnantia quidem tollerentur, Repetitiones autem & ſimilium loca excluderentur.*

6, Non deſunt, qui locorum in Jure pugnantium, quas *Antinomias* vocant, innumerabilium, nec minorem ſimilium & repetitionum catalogos objiciant, quibus hæc Juſtiniani deprædicatio falſa & inepta demonſtretur. Quod qui fateri nolunt, hos ita adfatur D. Ant. Matthæus *Diſ.* 4. *fund. jur. n.* 81. *An ſic nobis blandiri decet, ac ſi peccare aliorum ſit,*

JurisCtorum nequaquam? Itane artem noſtram ſupra alias efferre licet, ac ſi nihil vitii contineat? An deos efficies, qui errare neſciverint, quos Deus homines naſci voluit? An vis ita, omnis homo mendax, præter JurisCtos? Haudquaquam ita Cenſores acutiſſimi! Sed permittite nobis ita in animos inducere, Conditores Juris fuiſſe homines divinarum humanarumque rerum conſultos, qui multis ſeculis Artem, cujus principia è ſenſu communi petuntur, elaboratam ad nos tranſmiſerunt, de quibus in meliorem partem eſſe præſumendum, ut ne errores, niſi bene valideque demonſtratos, illis imputari ac exprobrari patiamur, æquum eſſe judicamus.

7. Sicut igitur minime laudandi, quibus in eo cerviculam jactare volupe eſt, ut in carpendis Juris conditoribus acumen ſuum oſtendant, ita nec opus eſt, tam abſciſsè Juris artem tueri ut nihil ab illis peccatum fuiſſe contendamus. Nec id ipſe patitur Juſtinianus in *d. l. dedit Deus* §. *ſi quid autem:* Εἰ δέ τι, πλῆθος ὄντος τοῦ καὶ νῦν ἠθροισμένου καὶ ἐκ τῶν τοσούτων μυριάδων συλλεγέντος, δόξειεν ἔχειν ὁμοίως, τοῦτο δὲ οἰόμεθα σπάνιον ἔσεσθαι, πλὴν ἀλλ᾽ οὐκ ἔξω δικαίας ἀπολογίας οὐδὲ τοῦτο δόξειεν εἶναι. *Si quid in corpore, quod ex tot legum myriadibus collectum eſt, ſimile exiſtere videatur, etſi hoc rarum fore putamus, non careret tamen juſtâ defenſionis causâ:* Pergit, τὸ γὰρ διὰ πάντων ἀνεύθυνον, θείας ἂν εἴη μόνης ἀλλ᾽ οὐκ ἀνθρωπίνης ἰσχύος. *Nihil enim committere quod emendari queat, divina potius quam humana facultatis eſt.* Idemque de locis contrariis *inferius* confitetur, ut tamen moneat, *non facile* repertum iri antinomiam, εἴγε διὰ πάντων τῶν τῆς ἐναντιότητος ὅρων διεξελθεῖν σπουδάσειεν, *ſi quis id agat, ut omnes diverſitatis terminos diligenter excutiat.* Et per hanc quidem Juſtiniani adſertionem facile tuebimur quod nos tenemus, *eſſe nec nullas nec multas in Jure antinomias*, nec ejus confeſſionem pro regiâ reſpondendi viâ, ſed pro extremo ignorantiæ noſtræ aſylo eſſe habendam. Sed, ut diximus, hæc res non faciet hujus inſtituti partem. Non pollicemur heic antinomiarum conciliationem; quando ſine illis hoc opus ſuo tenore continuatum, ſatis erit diffuſum. Pertinere alioquin ad Eunomiam, antinomiarum conciliationes, non poteſt negari: Sed hæc pars Studii noſtri à tot eruditis viris occupata, expleta & in Scholis Foroque trita eſt, ut jam pridem mole commentariorum ejus generis laboretur; & hoc opus in ſcriptione materiâque recens illa mixturâ gratiam & novitatis & brevitatis, ſi hanc adſequi licebit, amiſſurum fuerit.

Eadem Lege pr.

6. Τριβωνιανῷ ἐνδοξοτάτῳ μαγίστρῳ πρὸς τὴν ὅλην ὑπουργίαν χρησάμενοι. *Triboniano Doctore*

Doctore glorioſiſſimo per omne miniſterium uſi; cujus *virtutem & ſynceritatem* laudat in *l. 1. d. tit.* Hic vero plauſtra convitiorum tam è Suidâ & Procopio, quam ex ipſa Juris ὑπουργίᾳ colligunt homines docti in Tribonianum, quibus id Juſtiniani teſtimonium refellant. Ad quæ nihil heic loci reponimus, quam Ariſtotelicum illud, *οἱ καθόλου λόγοι κενώτεροι: Dicta generalia parum valida ſunt.* Quæ Suidas & Procopius illi objiciunt, invidiæ ſuſpecta odiique, maximè quod ad Procopium attinet, cujus arcana hiſtoria non eſt quod dicitur, ſed invectiva perpetua in Juſtinianum ejuſque uxorem & miniſtros, quam ita claudit, ut glorioſiſſimum Imperatorem vocet *τῶν διαβόλων ἄρχοντα, principem Diabolorum.* Quod illi dant, id nobis accipere licet, fuiſſe Tribonianum ſui temporis hominem doctiſſimum, *φύσεως δυνάμει ἐχρῆτο καὶ παιδείας εἰς ἄκρον ἀφίκετο. τῶν κατ᾽ αὐτὸν οὐδενὸς ἧσσον, vi ſumma præditus ingenii ad culmen eruditionis pervenerat, nulli ſuo ſeculo ſecundus*, ut Suidas; quæ res, ne veriſimile ſit, eum commiſiſſe tam craſſos & pudendos errores, quam aliquando à cenſoribus artis illi objiciuntur, ab æquis æſtimatoribus impetrare debet; ut ſaltem præſumptio ſit in meliorem partem, dum liqueat contrarium. Avaritiam quoque objiciunt, verum ad nos ea t.. um quæ in Jure digerendo peccaverit, attinent, eaque ubi in locis ſuis occurrent, examinanda venient. Ut tamen procul habeamus Antonii Fabri iniquam in veteres indulgentiam, in Tribonianum acerbitatem, quâ nihil in illos audere ſe profeſſus, quicquid ei diſplicet, in hunc detorquet, hnic exprobrare non ceſſat: contra quam Bernardus Autumnus, qui vix unquam Tribonianum, plerumque Veteres ipſos impetit. Credimus, nec Tribonianum, ſemper, nec Veteres nunquam erraſſe. De neutris in duriorem partem, niſi rerum argumenti evidentibus convicti præſumendum vel concludendum putammus.

Ex eodem loco.

7. *Ἐρωτῶντες μὲν ἀεὶ τὰ γιγνόμενα. Τὰ δὲ ἀμφισβητήσιμον μανθάνοντες. Πᾶσι δὲ ἐκ τῆς ἐνδιδομένης ἡμῖν παρὰ τοῦ δεσπότου Θεοῦ καὶ Σωτῆρος ἡμῶν Ἰησοῦ Χριστοῦ γνώσεως καὶ θελήψεως ἐπιτιθέντες πέρας ἀρεστόν. Inquirentes ſemper in ea quæ fierent, & dubia cognoſcentes. Omnia vero pro data nobis à Domino Deo & ſervatore noſtro Jeſu Chriſto notitiâ & intellectu, definientes.*

Hæc oſtentationis quam veritatis causâ prædicari videntur, cum, quia non eſt veriſimile, tantum Principem compoſitioni Jurisprudentiæ animum advertiſſe; tum ob vulgarem è Suidâ fabulam, quod Juſtinianus fuerit ἀναλφάβητος, legendi ſcribendique imperitus, nedum ad examen Digeſtorum

rum Juris idoneus. Sed hoc quidem jampridem ab aliis refutatum ; etiam ab ipſo , Cæſari noſtro infeſtiſſimo Scriptore Procopio, qui Juſtinianum tradit fuiſſe ἐπινοῆσαι ὀξὺν καὶ ἄοκνον τὰ βεβουλευμένα ἐπιτελέσαι, *Acutum in excogitando & impigrum in exequendo. Comm. rer. Gothic.* Idem ex aliis auctoribus liquet, Platina iu vita Bonifacii II. qui ſedit, imperante Juſtiniano. *Quem quidem*, ait, *Imperatorem tanti conſtat ingenii tantaque doctrinæ fuiſſe, ut mirum non ſit, ſi Leges Romanas, ſparſas & incompoſitas in ordinem, ad utilitatem hominum, redegerit.* Dicta Suidæ ad Juſtinum hujus noſtri avunculum & Anteceſſorem pertinere jam conſtat. Quod autem ad curam ipſius Juſtiniani circa operam contrahendi juris attinet , non eſt quod hodiernorum Principum deſidiam cum veteribus , qui toti erant in jure dicundo, comparandam putemus, cum neoterici illam officii ſui partem vix attingant. Juſtiniano hanc rem maximopere ad animum pertinuiſſe patet inde , quod hanc primam inde ab ingreſſu Imperii curam ſuam fecerit, neque deſtiterit, donec opus ad optatum finem perduxiſſet. Ut nihil in his dictis à fide veri & charactere morum ejus alienum ineſſe videatur.

Ex eàdem L. §. quæ omnia 10.

8. Ἅπερ ἅπαντα συντίθειταί τε καὶ ἐκπεπόνηται καλῶς. *Quæ omnia pulchrè digeſta & elaborata ſunt*; poſtquam ordinem Digeſtorum per ſeptem partes prolixè recenſuiſſet Imperator. Atqui id eſt , quod omnium maximè in digeſtione Juris ab omnibus deſideratur , ordo concinnus & ad docendum aptus, qui nec in univerſa compoſitione ſummarum partium, nec in ſingulis capitibus ex juſtâ methodi lege adhuc quidem demonſtrari potuit: Etſi inter alios Cujacius in *paratitlis* & Jacobus Gotofredus in *methodo Juris* id enixe operam dederint: Nihil tamen effectum, niſi quod ordinem ſi non optimum, eſſe tolerabilem obtinuere; quod in Arte Imperatoria cur ſufficere debeat , eſt ratio ; Nec omnino pœnitendum eſſe ordinem, liquet inde, quod nec in Jure docendo nec in diſcendo adhuc aliam in Academiis aut periſtyliis fori methodum ſervari videmus , etſi à pluribus alia crebro inculcata ſit. Eſt igitur quamobrem hoc Catone contenti eſſe poſſimus & debeamus.

Ex eàdem L, §. Tanta autem.

9. Τοσαύτη δὲ ὑμῖν αἰδὼς τῆς ἀρχαιότητος γέγονεν, ὥστε οὐδὲ ἀμεῖψαι τὰς προσηγορίας τῶν ἔμπροσθεν νομοθετῶν ὑπεμείναμεν, ἀλλὰ τὴν ἑκάστου τούτων τοῖς νόμοις ἐπεχάραξαι.

γεγράφαμεν ἀντιγορίαν, ἀμείψαντες μὲν, εἴ τι περιέχειν ἡμῖν οὐκ ὀρθῶς ἰδόκει, μέρη δὲ τὰ μὲν ἀφελόντες τὰ δὲ προσθέντες. *Tanta verò nobis reverentia vetuſtatis ſuperfuit, ut ne quidem nomina veterum Juris Conditorum mutari voluerimus, ſed cujuſque JurisConſulti proprium nomen legibus impoſuerimus: ut tamen, ſi quid perperam poſitum videretur, id mutaremus, modo verſus aliquos auferentes, modo etiam adjicientes.*

10. Cenſura Antonii Contii. *Nunc videamus, quod reverentia genus hoc fuerit; nomina JurisCtorum & Imperatorum retinere, & contraria his quæ illi aliquando ſcripſerunt, poſteritati tradere. Quid cæteri judicent, neſcio; mihi quidem ſimile reverentiæ genus eſſe videtur, ac ſi Juſtinianeæ ſtatuæ Julii Cæſaris caput pictor quis aut ſtatuarius adjungat. lib. 1. ſubſec. jur. lect. 9.* Hoc etiam inter flagitia Triboniani refert Cujacius *in not. ad §. ſi quis aliena Inſt. de Rer. diviſ.* & inter facinora Triboniani Hotomannus *lib. 8. obſervat. 16.* Toties peccavit Juſtinianus, quoties Juris-conſultorum reſponſa adulteravit, quod ipſum feciſſe nemo eſt, qui neſciat, ait Ant. Matthæus diſp. *fundam.* XI. *n.* 17. Franciſcus Balduinus in *lib. 2. Juſtiniani ſui*, hac de re locutus. *En, ait, qualis fuerit concinnatio Pandectarum. Nos vero miſeri & bis terque miſeri, qui tales inter ſcopulos jactamur, ſed multo illi etiam miſeriores, qui neque vident neque ſentiunt ſuam miſeriam, ac ne per ſomnium quidem cogitant quicquam de Triboniani ſive flagitio, ſive ſtultitia, ſive audacia, in Pandectarum capitibus non jam dico componendis ſed potius cauponandis.* Wiſſembachius autem noſter in *Præfatione ad emblemata Triboniani*, rationem illam præfigendi nomina JurisCtorum, ipſiſque eorum locis addendi aliquid aut ſubtrahendi, parum abeſt, quin Lege Cornelia, quaſi falſi crimen, putet eſſe caſtigandum; qui tamen in numero & magnitudine Emblematum, & mutationum quas fecerit Tribonianus tam procul abeſt ab Antonii Fabri intemperie, ut, ſi nihil aliud peccaverint Compoſitores, quam ipſe illis imputat, non minus ignoſcendum ſit Triboniano, quam deteſtanda Antonii Fabri audacia & inſolentia in violando & lacerando corpore Juris, quemadmodum in progreſſu videbimus.

11. Cæterum grave eſt non ſuccumbere tam gravibus querelis & judiciis hominum doctiſſimorum. Ignoſcant tamen, ſi me tantum in hoc inſtituto, quemadmodum à Juſtiniano proponitur, crimen non videre profitear. Fuit ei conſilium è ſcriptis Veterum concinnare Corpus Juris, ut ipſorum quoque verbis uteretur, attamen omnem contextum faceret ſuum. Poterat eorum nomina penitus omittere, noluit, honoris cauſa; ſed præmonito, textus ex illorum auctoritate non æſtimandos, nec aliter quam τῇ αὐτοῦ γνώμῃ, ut loquitur, *ex ipſius ſententia* eſſe capiendos; ſecundum quam hypotheſin, pœne

poſtea fuit neceſſe verba illorum aliquando inflectere ad uſum ſuit temporis. Nec hactenus meo quidem judicio, quicquam peccatum, nihil magis quam à Photio in *bibliothecâ* ſuâ, vel à Lipſio nuper in politicâ digerenda; qui ſæpe etiam verbis Auctorum aliquid addit aut detrahit, aliove ſenſum eorum trahit. Eâque in re nihil eſſe peccatum habeo conſentientem Virum Cl: amicum honorandum, Alex. Arn. Pagenſtecherum, Anteceſſorem Grœninganum *ad Compend. Lauterbachian. manip.* I. *n.* 76. Si modo Tribonianus aut Profeſſores, quibus ille uſus eſt, idem exactè per omnia curaſſent, & loca quibus aliquid acceſſit aut deceſſit, inter ſe & cum aliis ſedulo comparaſſent, ut omnia inter ſe cohærerent: quâ in re non poteſt negari non nunquam eſſe peccatum. Verum an, & quoties hoc ita commiſſum fuerit, nonniſi è ſingulis locis intelligi poteſt. In univerſum igitur Cenſura videtur injuſta; In hypotheſi ad hunc locum non pertinet. Atque hæc quidem ad hanc Conſtitutionem ſufficiant: Siquid hujus generis præterea ſit in *tit. C. de vet. Jur. ennucl:* unde hæc Sanctio deſumpta eſt, id ſuo quidem loco videbimus. Pergamus ad ſingula veterum loca JurisConſultorum, ita quemadmodum à Juſtiniani amanuenſibus excerpta, diſpoſita, colligata ſunt. Priora ſatis tralatitia, tamen omitti non poſſunt.

E U-

EUNOMIÆ ROMANÆ

JUXTA

Librum I. Pandectarum,

VINDICIÆ.

Non optimi videtur ominis eſſe, quod primæ Pandectarum verba communem omnium reprehenſionem incurrunt. Ipſa ponemus ob oculos.

Ulpianus lib. I. Inſtit.

Juri operam daturum prius noſſe oportet, unde nomen Juris deſcendat. Eſt autem à Juſtitia appellatum; Nam ut eleganter Celſus definit, Jus eſt, ars boni & æqui: l. 1. in pr. d. Juſt. & jur.

1. Nemo neſcit, non Jus à Juſtitia, ut Ulpianus *hic* docet; ſed Juſtitiam à Jure eſſe dictam, etymologia manifeſtâ. At hujus rationem Ulpianus petit à definitione, quod rurſus ineptiæ arguitur. Communis reſponſio eſt, Ulpianum non originem verbi ſed rei tradere; quomodo Cicero dixiſſe refert *Scipionem*; *Jus ex juſtitiæ fontibus emanare*, quem locum citat Auguſtinus *lib. 15. de Civit. D.* Sed Wiſſenbachius noſter, *Hæc* inquit, *Goveani*, *Contii*, *Rævardi*, *Donelli*, *Charondæ*, *Weſembecii*, *Bronchorſtii*, (quot velis addere licet) *reſponſio*, *aliena eſt a mente JurisCti*, *qui de etymo vocabuli Juris*, id inquit, *à Juſtitia eſſe appellatum*, *ad h. tit. n. 1.*

2. Sed ego probo, admittendam eſſe ipſius auctoris Ulpiani interpretationem, qui τὸ *appellatum* explicat è definitione Juris, certe reali: NAM, reddit rationem τῦ *appellatum*, Jus eſt *Ars boni & æqui.* Inſtat Wiſſenbachius. *Sed nec jus quatenus Ars eſt*, inquit, & *ſcientia*, *deſcendit à Juſtitiâ: Cum enim Juſtitia ſit habitus, notitia habitum præcedat oportet: quæ vero illa notitia, niſi jus ipſum? Ius igitur eſt ante Iuſtitiam.* Hoc vero Præceptoris noſtri [illegible]. Artem enim in definitione Juris nihil eſſe quam ſyſtema Præceptorum boni & æqui, quis non videt? Agere ſe monet Ulpianus de *Iure*, cui

ſtudioſi

ſtudioſi *dent operam.* Apage igitur notitias, quæ ſunt primæ turpis & honeſti in mente notiones. Artem Juris è juſtitia derivatam & hanc compoſitione Juris Romani eſſe priorem eamque fuiſſe prius *habitum*, quam Jus fuit Ars, quis neget?

3. Siquis tamen urgeat proprietatem τ̃ *appellati*, ego dicam; revera appellationem Juris à Juſtitiâ eſſe petitam. Artis enim ſuæ Romani Juriſperiti nomen inde petierunt, unde ſumſerant eam, à Juſtitia, ut eſſet ejuſdem etymi duntaxat; quomodo idem Ulpianus *pactum* à *pactione* & *pacem* a pactione dicit appellatam *l.* 1. §. 1. *π. de Pact.* Non ignoravit alioquin Ulpianus, Jus χωτόμως eſſe *juſſum:* Inde juſtum & juſtitiam eſſe dictam, non magis quam *pacem* ſimplicius vocabulum eſſe præ *pactione* non neſcivit. Sed quia placuerat Artis Romanæ appellationem à Juſtitiâ peti, nil commodius fuiſſe docet, quam recurrere & transferre etymon fontis ad rivum.

Ulpianus eodem lib. 1. Inſt.

1. Non minus unanimiter omne genus Scriptores exclamant adverſus id quod Ulpianus idem ſcribit in *d. l.* 1. §. 3. Verba licet nota ſatis, tamen collocanda ſunt: *Ius Naturale eſt, quod Natura omnia animalia docuit; Nam jus illud non humani generis proprium, ſed omnium animalium, quæ in terra, quæ in mari naſcuntur, avium quoque commune eſt. Hinc deſcendit maris atque fœminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: Videmus enim cætera quoque animalia, feras etiam, iſtius juriſperitiâ cenſeri. l.* 1. §. 3. *d. Iuſt. & Iur.*

Quid opponatur huic ſententiæ & quam ſit abſurdum Jus adſcribere brutis animalibus, quæ dicit Heſiodus

'Εσθέμεν ἀλλήλους, ἐπεὶ ὐ δίκη ἐςὶ μετ' αὐτῶν,

Veſci aliis alios, quia jus non naſcitur illis:

id nulli ignotum eſt, nec quiſquam adhuc Juriſperitos hac parte defendere in animum induxit. Accuſare plerique, nonnulli & excuſare conati ſunt: Niſi quod Budæus *hic. Laurentius*, inquit, Vallam intelligit, *hunc locum reprehendit, jus eſſe negans appetitum coeundi & procreationem educationemque liberorum.* IN QUO, SENTENTIA MEA, FALLITUR. Rationem ſententiæ ſuæ nullam reddit Budæus, alioqui ſatis prolixus φιλολογιῶν. Atqui Jus in latiſſimo ſenſu eſt *Regula actuum moralium obligans ad id quod rectum eſt*; Regulas autem & præcepta generalia adſcribere velle brutis, id ab omni philoſophiâ vehementer abhorret. etſi Galenus inter obſcura ponat, εἰ μὲν μηδ' ὅλως μέτεςι λόγου τοῖς ἀλόγοις ζώοις, *An bruta nullo modo rationis ſint participia:* imò huc inclinat, ut in brutis τὸν λόγον ἐνδιάθετον, *rationem internum omnibus* agnoſcat, τοῖς μὲν μᾶλλον, τοῖς δ' ἧττον; *aliis plus, aliis minus: lib.* περὶ τέχνης. *in pr.* & Plutarchus integro libro demonſtravit, τὰ ἄλογα λόγῳ χρῆσθαι; *Bruta ratione uti.* Sed nos hac ſententia non utimur, ut appetitum coëundi, procreandi & educandi liberos in brutis Juri adſcribamus; etſi cunctas animalium actiones è ma-

à machinali doctrina, ut volunt, explicari poſſe, vix credamus; nec tamen eſſe tales negamus, nec an, ut Juriſcti analogiam juris in brutis agnoſcunt, ita rationis inſtar quod caducum ſit in illis reperiatur, abſciſſe diſputare opus eſt nobis. Argumenta, quibus Naturæ jus verè cum brutis communicari quidam probare conantur, refellit Puffendorffius in *l.* 2. *de I. N. G. c.* 3. §. 3. Nos verò aliam defenſionis viam tentabimus.

2. Τὰ πρῶτα κατὰ φύσιν, *Principia, quæ natura nobis induit inolevitque*, ut defenſio ſui corporis, amor libertatis, procreatio ſobolis, στοργὴ ſive affectus ſanguinis & id genus alia brutis atque hominibus communia ſunt. Inde verò Juris concluſiones oriuntur, ut vim atque injuriam propulſemus, libertati ſtudeamus & procreationi liberorum, conſanguineos aliis præferamus & ſimilia plura, quæ inductione à brutis animalibus confirmantur, ut Cicero pro Milone, *non ſcriptam, ſed natam eſſe legem, quam feris natura ipſa præſcripſit*, ait, ut Corpus quiſque ſuum invaſus defendat; eademque principia, *Societatis humanæ fundamenta* vocat Taurus philoſophus apud A. Gellium 12. *noct. att.* 5. Et apud Plutarchum πρεσβύτατος τῶν νόμων, *Vetuſtiſſima Lex* ut imbecilliores potentioribus ſubjiciantur, ad animalia bruta extenditur, *in Camillo*. Hoc ſenſu non omnia cum brutis communia, ſed quatenus illa principia concluſiones juris *ex ſeminibus ſuis*, ut idem Taurus, educere valeant; & quatenus, eodem prædicante, *fundamenta ſocietatis humanæ* ſunt, juris appellationem forte an tueri poſſint; Atque ita vel defenſioni vel excuſationi hæc inſervire velim. Pluribus argumentum ſatis pervulgatum perſequi non placet.

Ulpianus d. lib. 1. Inſt.

Jus Gentium eſt, quo gentes humanæ utuntur, quod à Naturali recedere facilè intelligere licet; quia illud omnibus animalibus, hoc ſolis hominibus inter ſe commune ſit l. 1. §. ult. d. t. & l. Pomponius *libro ſingulari Enchiridii; Veluti erga Deum religio: ut parentibus & patriæ pareamus l. 2. d. Inſt. & l.* Florentinus *lib. 1. Inſtitut. Ut vim atque injuriam propulſemus. Nam jure hoc evenit, ut quod quiſque ob Tutelam corporis ſui fecerit, jure feciſſe exiſtimetur. Et cum inter nos cognationem quandam natura conſtituit, conſequens eſt, hominem homini inſidiari nefas eſſe l. 3. eod. tit.*

1. Falſitatis hanc ſententiam quod Jus Gentium à Naturali recedat, non modò, ſi jus Naturæ cum brutis communicetur, quâ de re dictum; ſed etſi ad ſolos homines reſtringatur, plerique Juriſcti hodierni arguunt juxtaque eos Puffendorffius *l.* 1. *de Iur. Nat. & Gent. c.* 3. §. 22. ſequutus Hobbeſium in *tr. de Cive c.* 14. *n.* 4. & 5. qui adeo negant, ullum jus gentium poſitivum ſeu voluntarium, id eſt, à Naturali jure diſtinctum dari. A quâ ſententiâ Juris noſtri locutiones, ut in terminis Artium ſæpe ludunt veteres, aliquando non abhorrent; quando naturæ Jus vocant, quod cum brutis eſt commune; Gentium vero, quod naturalis ratio inter omnes homines conſtituit, ut Iuſtinianus loquitur in §. 1. *de Iur. Nat.* Sed remoto à partitione Juris eò quod cum brutis commune ſit, communis & neceſſaria Juris hæc eſt doctrina; Jus naturæ eſſe quod cum

ipſo

ipſo genere humano proditum eſt, ut loquitur idem Imperator in §. 11. *de Rer. Diviſ.* Jus Gentium, quod ab hominibus conſenſu receptum eſt, de quo in *l. 5. d. tit. d. Inſtit.* unde bella, regna, dominia, commercia, contractus, aliaque id genus inſtituta voluntaria. Eamque diſtinctionem ſequitur Grotius in *cap. 1. de I. B. & P.* ſed quæ ſecundum hanc methodum ad Jus Gentium referuntur, hæc illi priores ad jus ipſum Naturale referri poſſe nec non debere contendunt, ut legationum exemplo, quod maxime Grotius urget, Puffendorfius demonſtrat. Nobis à veteribus & à Grotio hac parte recedendi ratio adhuc juſta ſatis non videtur. Nam etſi quæ Juris Gentium ſunt ad naturæ jus reduci queant ac inde reverâ deriventur, ideo non ſequitur, hæc non eſſe diverſa, niſi quis fontem & flumen res neget eſſe diverſas, eo quod hoc ab illis educatur: Etſi aliquanto major inter jus Naturæ gentiumque diſcrepantia; quam eſt inter fontem & rivum, reperiatur. Illud enim immediato naturæ dictamine conſtat, hoc humanæ voluntatis arbitramentum requirit: Quomodo jus etiam civile derivatur ex ipſo Jure Naturæ, vel ut concluſio ſpecialis ex generali propoſitione deducta, vel ut ſpecialis determinatio & axiomatis generalis accommodatio, prout acutè diſſerit Ameſius *5. de Conſc. c. 1. n. 23. & ſeqq.*

2. Longius quidem Jus Civile recedit à Naturâ, quàm quod Gentium dicitur, in multis: ſed ille gradus non variat ſpeciem; quin & pleraque Juris Gentium capita ſatis à jure naturæ notabiliter diſtinguuntur, ut ſunt ea, de quibus Hermogenianus in *l. 5. h. t.* loquitur, orta *bella*, *gentes diſcretæ*, *regna condita*, *dominia diſtincta*, *agris termini poſiti*, *ædificia collocata*, *commercia inſtituta:* quæ ſanè res juri naturæ minus commodè quam gentium voluntati adſcribi poſſunt. Sunt alia quæ longius abeunt. Ut res in unâ civitate judicatæ effectum in aliis populis habeant, utilitas promiſcua gentium fecit, ut pro jure ubique habeatur. Ut contractus ſecundum loci conſuetudinem initus & celebratus, alibi, ubi ſic celebratus non valeret, pro iuſto legitimoque habeatur, Jus Gentium eſt, tam à Naturali ſimplicitate quam à Jure Civili remotum. Quod ſi talia Juris Naturæ dicenda ſunt, nihil vetat, omnia Juris Civilis inſtituta æquè juri naturæ vindicare. Denique, ſunt Jure gentium recepta & introducta, quæ juri naturæ adverſentur: veluti quod cædes & incendia, in eos qui à delicto, nullâ cauſa belli præbitâ, ſunt alieni, impune fieri poſſunt; Quæ res Juris Naturæ Gentiumque ſpecies adhuc pro diverſis haberi oportere, niſi quid me fallit, abunde evincunt.

3. Sed removenda eſt objectio, quam habent validam diſſentientes, quod nulla ſit cauſa neceſſariæ obligationis, quæ ad Jus requiritur, in Jure Gentium, diſtincta ab eâ cauſâ, quæ eſt in Jure Naturæ & in Jure Civili. Nam Jus naturæ nos obligare *dicunt*, vi dictaminis a Deo cordibus hominum impreſſi, Jus Civile niti imperio civitatis; Inter gentes diverſas non eſt, quod ipſas obliget inter ſe nec inter eas dari ſuperiorem ſine quo lex eſſe nequeat. Sed ego probo, Conſenſum eſſe cauſam obligationis indubitatam, qui facit ipſam legem civilem in imperio populari, ubi lex eſt communis Reipubl. ſponſio *l. 1. in fin. & l. 2. de Legib.* conſenſum vero, ſuper inſtitutis à jure naturæ atque civili diſtinctis exiſtere ſuprà demonſtravimus. Inſtant, Jus etiam requirit ſanctionem, id

eſt,

Digitized by Google

eſt, puniendi facultatem, quæ utique requirit ſuperiorem, nec eſt inter diverſi populos imperii. Sed negandum eſt, ad jus puniendi, qualitatem ſuperioris requiri extrà Civitatem: Sufficit paritas, ut Grotius bene demonſtravit in *lib.* 3. *cap. de Pœnis.* & nos in *lib.* 1. *c.* 1. *de Iur. Civit.*

4. Sed eſt aliud Cenſuræ genus quo Florentinum viri docti proſequuntur, qui in *l.* 3. vim propulſandi facultatem Juri Gentium adſcribit, cum ſit unicè Iuris Naturæ. Goveanus in *lib.* 1. *Lection. Iur. c.* 2. *Florentinus*, inquit, in *l. Ut vim de Iuſt. & Iur.* Vim & injuriam propulſare Juris Gentium *facit. Cicero in Topicis* naturale jus facit. Quin & Cajus in *l. Itaque ad l. Aquil. naturalem hanc rationem* vocat. Si ſervum, inquit, inſidiantem mihi occidero, ſecurus ero. *Nam adverſus periculum naturalis ratio permittit ſe defendere; hæc Cajus. Neque dubitandum ſane eſt, quin jus hoc ſit naturale, ſe defendere; Nullum enim animal eſt tam infirmum, puſillum, quod vim non propulſet, ſeque & ſua non tueatur.* Hactenus Goveanus. Non licet nobis uti hac reſponſione, quod Jus Gentium pro naturali ſimpſerit, ut alias fieri conſtat, & fit à Juſtiniano in §. 11. *I. de R. D.* Namque paulo ſuperius eſt oppoſitio inter Jus naturæ & Gentium, ut hoc ſit, quicquid hominibus eſt proprium & non commune cum brutis; At defenſio ſui vel maxime cum reliquis animantibus communis eſt, ideoque nihil ſtrictius ad Naturæ jus reduci poteſt. Quod ſi maxime Florentinus Gentium jus pro Naturali acceperit, Juſtinianus tamen qui jus digeſſit & Florentini dicta ſubjecit iis verbis, in quibus naturale Jus aliter accipitur, non poſſet abſolvi confuſionis aut malæ connexionis. Ad hoc ita videtur habendum; Jus propulſandi vim & injuriam duobus adſpici poſſe lateribus; vel ut πρῶτον κατὰ φύσιν; ut primus naturæ motus, quo ſe quicquid animatum eſt, contra vim quamlibet defendit, vel ut actus rationis, quo ſe quis contra vim injuſtam defendit, de quâ Florentinus ſolâ loquitur; nam verba *vim & injuriam* ſenſum habent conjunctum, idemque ſunt cum *vi injuſtâ.* Hoc indicat αἰτιολογία, ſive ratio à cognitione hominum petita & inductio à vi latronum, & dijudicatio ejus quod nefas ſit: quæ omnia, non de vi quâ tali, ſed de vi cum diſcrimine juſti & injuſti Florentinum agere ſignificat, quod non niſi ad Jus hominibus proprium pertinere manifeſtum eſt.

Hermogenianus *l.* 1. *Iur. epitomar.*

Ex hoc Iure Gentium introducta bella, diſcretæ gentes, regna condita, dominia diſtincta, agris termini poſiti, ædificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes inſtitutæ; exceptis quibuſdam, quæ à Iure Civili introductæ ſunt. L. 5. *d. Inſt. & jur.*

1. Quid hoc, quod bella ponit ante diſcretas gentes, regna condita, dominia diſtincta? Num quid Hobbeſianus eſt hic Autor, improbatæ merito doctrinæ? Hobbes enim ſtatum naturalem, in quo homines à prima origine vixerunt, nihil aliud eſſe, quam bellum omnium adverſus omnes, docet, *in libro de cive & Leviathano*; an verò fortuitus hic eſt ordo dictorum? Denique, diſtinctionem dominiorum viri magni negant eſſe ortam è Iure Gentium, quia nulla

 fuerit

Digitized by Google

ſuerit communio primæva, unde per diviſionem receſſum ſit, ut heic eſt; quam proinde nunquam eſſe factam volunt, Seldenus 1. *mar. cl.* Bocclerus *ad Grot. l.* 2. *c.* 2. §. 2. Joh. Bapt. Burgus *de dom. mar. Liguſt. l.* 1. *c.* 10. & Strauchius *Diſſert. de Imper. mar.*

2. Ad primam difficultatem contenti ſumus, ut Hermogenianus hac parte pro Hobbeſiano habeatur. Nam etſi nemo alienior ſit ab Hobbeſii adſtructa doctrinâ, in hoc tamen principio, quod ſtatus naturalis humani generis, ſit ſtatus belli promiſcuus, valde illi adſentimur, ut demonſtravimus in *part.* 2. *Digreſſ. c.* 7. *n.* 5. quæ non repetimus. Nec alio Hermogenianum conſilio, bella primo loco poſuiſſe perſuaſi ſumus. Quæ autem Hobbes inde colligit portenta, non eſt periculum, ne propterea nos aut Hermogenianum videri conceſſiſſe oporteat. Uſu venit Hobbeſio, quod aliis ſophiſtis, qui ex poſtulatis indubiis ab poſitiones enormes incontinenti vel ſenſim tranſilierunt aut prorepſerunt

3. Secunda objectio refertur ad locum communem æquè alibi à nobis exactum *part.* 1. *Digreſſ. l.* 4. *c.* 12. ubi ſententiam clariſſimorum hominum, qui nullam agnoſcunt communionem primævam nec ullam inde diviſionem expreſsè vel tacite factam in ſenſum communem, quem facile noſtris vindicemus, impingere demonſtravimus Adde *Puffendorfium de I. Nat. l.* 4. *c.* 4. *n.* 10. Æquè in cæteris ordinem hiſtoricum humani generis ſequutum eſſe putem Hermogenianum. Namque diſſenſionem & bellorum promiſcua mala compulerunt homines ad conjunctionem virium & diſcretionem nationum. In his regimen fuit neceſſarium, evitandæ confuſioni & bellis; nec ullum Regio promptius aut prius. Inde ſequuta eſt diſtinctio dominiorum, inchoata pridem, exactior; cum diviſione per fundos, poſtquam more diu Nomadum vixerant; unde termini agrorum. Tum pro tabernaculis ædificia & omne genus commerciorum, cum pace quam unio voluntatum per imperium, à malis civibus, ordo & communium fiducia virium adverſus exteros fecit ac firmavit.

Ulpianus Lib. 1. *Inſtitut.*

Ius civile eſt; quod neque in totum à Naturali vel Gentium recedit, nec per omnia ei ſervit. Itaque cum aliquid addimus, vel detrahimus juri Communi, Ius proprium, id eſt civile efficimus. l. 6. *d. Iuſt. & Iur.*

1. Quomodo cum hac doctrinâ convenit, quod Juſtinianus in §. 11. *de Iur. nat.* docet. *Naturalia jura, divina quadam Providentiâ conſtituta ſemper firma atque immutabilia permanent.* Ameſius *lib.* 5. *de Conſc. c.* 4. *n.* 15. *Ius Civile non poteſt abrogare jus Naturæ?* Puffendorfius *lib.* VIII. *de I. N. G. c.* 1. *n.* 2. Idem & plerique Icti tradunt; in diſputatione de Obligatione Conſcientiæ è Teſtamento imperfecto propter vitia ſolennitatum. Juris enim naturalis eſſe volunt, ut voluntati honeſtæ defuncti cognitæ à nobis pareamus, etſi requiſita legum ſolennia non fuerint ſervata; quia Jus civile requirens illas ſolennitates juri Naturæ derogare nequeat. Quæ ſententia ſi admittatur minus ſit verum, quod Puffendorfius

dorſius ſcribit in *d. cap.* 1. *ſub. fin. Ubi Iuri naturali ſua vindicaveris, Ius civile ſat modicis deinceps finibus uſurum eſt.* Nec tantum coarctabitur, ſed etiam potiori parte deſtruetur. Solennia Teſtamentorum, contractuum aliorumque Actuum requiſita Juris naturæ terminos excedentia conſcientiam amplius non tenebunt, quin adverſus illa cives agere & pati cogentur. Mulieres ac Minores, Filii familias jure naturali ſine dubio tenentur: Non poterunt igitur ſalvâ conſcientia uti beneficiis legum illos obligatione eximentibus. Plena eſt Ars Juris ejusmodi conſtitutionibus à Iure Naturali recedentibus, & ex Ulpiani ſententiâ in *l.* 6. Jus bipartitum eſt, aliud quod juri naturali & Gentium ſervit, aliud quod ab utroque recedit. Si hoc fieri non poteſt, abominanda Juris ſcientia, quâ nihil humanarum rerum ſanctius eſt, proponitur; ſed tu dic libere & valide: Ius naturæ pro diverſitate objecti eſſe vel ejuſmodi, quod nunquam aliter ſe habere poteſt, de quo Euripides:

Οὐ γὰρ ὁ μὴ καλὸν ἦποτ' ἔφυ καλὸν,

Quod turpe in ſe eſt, id nunquam fiet honeſtum.

vel quod eſt in poteſtate hominum, ut aliter aliterque diſponatur. Hujuſmodi objecta ſunt, res & facultates hominum, quæ jure dominii vel crediti continentur & de quibus alius in alterius præjudicium ex jure naturæ nihil ſtatuere poteſt; ſed quiſque ſui juris hac parte liber eſt arbiter & moderator, eodem jure naturæ. Quominus igitur multi de ſuis rebus communi conſenſu ſtatuant, ut libet, aliterque acujus naturæ contra dominos ab aliis ſtatui jubet, nihil obſtat, imo id lex naturæ maxime dictat. Atqui multorum omniumque conſenſus eſt in lege, quod infra *ad l.* 1. *de LL. ſub. fin.* demonſtrabitur. Lex eſt ſponſio & conventio Civium, quâ de rebus ſingulorum ſuis ita jubent, vetant, diſponunt, ut communi bono expedit. Leges autem, quarum ſpecimina habuimus & quæ toto Iure ſparſæ ſunt, quatenus aperte recedunt à ſimplici lege naturæ, circa tribuendum cuique ſuum, nituntur eorum, quorum intereſt, voluntate, & conſenſu. Detur exemplum. Compertum eſt, mulieres interceſſionibus ſibi nocere plurimum, conjuges ſæpe donationibus mutuis exhauriri. Placet mulieres ex interceſſionibus non teneri; nec valere donationes inter conjuges. Ex jure naturæ mulier, quæ pro alio fidejuſſit, tenetur. Lex id vetans habet hanc rationem. Cuicunque noſtrum mulier pro alio ſpoſponderit, is actionem adverſus feminam non habebit. Quid hoc aliud eſt, quam renuntiare juri ſuo? Et quis unquam id Iuri Naturæ dixerit adverſari? Idem de ſimilibus eſto judicium, & Cenſura faceſſat.

Ulpianus lib. 1. *Regul.*

Iuſtitia eſt conſtans & perpetua voluntas Ius ſuum cuique tribuendi. l. 10. *in pr. de Iuſtit. & jur.*

1. Cenſura AMESII. *l.* 5. *de conſcient. c.* 2. *in pr.* cujus hæc verba ſunt. *Hæc non eſt definitio Iuſtitiæ generalis, quæ rectitudinem notat virtutis atque unum idemque ſonat cum virtute in genere. Non eſt enim de eſſentiâ virtutis omnis, reſpice-*

ſpicere jus alterius, ſicut palam eſt in liberalitate. 11. *Non eſt accurata definitio Juſtitiæ alicujus particularis, quia non ponit genus proximum ſpecialis alicujus virtutis. Quum enim perpetua & conſtans voluntas idem notet, quod habitus, & inter habitum ac ſpecialem virtutem, Virtus intercedat ut genus, perpetua & conſtans voluntas non poteſt eſſe ſpecialis alicujus virtutis genus immediatum.*

2 Primum hujus Ameſiani dilemmatis membrum ego quidem conceſſerim, non eſſe hanc univerſalis Juſtitiæ definitionem, etſi aliter multi è noſtris; ſi univerſalem intelligas ita, ut Veteres, in quâ συλλήβδην πᾶσ' ἀρετὴ 'στι: *Quæ virtutes continet omnes.* Sed altera pars dilemmatis nimis eſt jejuna, reprehendere definitionem antiquam & authenticam, eo quod genus proximum non habeat, modo genus remotum iis verbis quæ differentiam ſpecificam efficiunt, Definito ſatis perſpicuè admoveatur, nemo Vir gravis in ſcientiâ populari, qualis eſt Juriſprudentia, tam moroſè canones dialecticos exiget, uti definitio rem definitam preſſe adæquet. Nec tamen autoritate caremus; quâ genus proximum in his verbis contineri videatur. Nam M. Tullius in *lib.* 1. *de Legibus*, virtutem vocat *Conſtantem & perpetuam rationem vitæ.* Proinde conſtans & perpetua ratio voluntatis, quam habemus in definitione juſtitiæ, eſt idem quod Virtus; atque ita hæc genus proximum Juſtitiæ exhibebit.

3. Verum aliud cenſuræ ſpiculum ſtringit Ameſius, fortè minus facile amoliendum; Id eſt in his verbis: *IurisConſulti, qui iſtam definitionem tradunt Iuſtitiæ, ſibimet ipſi inconſiderate contradicunt, quod cum Iuſtitia æquè late pateat ac Ius, quod habet pro ſuo objecto, & illi tres actus tribuant Iuri, honeſte vivere, neminem lædere, Ius ſuum unicuique tribuere; Iuſtitiam tamen per unum ſolum actum definiant, jus ſuum cuique tribuere.*

Si Præcepta Juris *honeſte vivere*, *neminem lædere*, *ſuum cuique tribuere* ponerentur, ut poſitiones Artis fundamentales, quibus reliqua diſciplina ſuperſtrueretur, haberet Ameſius rationem. Sed nihil ejuſmodi ex his præceptis educunt Juris conditores. Nihil ſunt aliud quam Sententiæ & dicta, quibus animi ſui propoſitum inde ab initio deſignant; adeoque inſcriptiones portæ Juris quaſi impoſitæ, quas cives ſemper in conſpectu habere debent; non etiam ut Artem adæquent, aut cum prioribus & cum ſequentibus neceſſariam methodi connexionem, ut definitiones & partitiones aliæque Juris poſitiones, habeant. Quare loco ſolo manent collocata, nec à veteribus aut à novis Interpretibus, ut Artis fundamenta cum reliqua ejus ſtructura connectuntur. Nihil etiam vetat plura talia præfigere Juris auditorio; Licet addas Chriſti Domini dictum; *Quod tibi non vis fieri, id alteri ne feceris* & ſimilia. Nec plane hoc ſenſu puto futurum, ut quiſquam adeo *miſeram*, quæ Ameſio videtur, animadvertat contradictionem. Quid enim, ſi definitio ſit Juſtititiæ particularis, ut eſt: an ideo præcepta Juſtitiæ univerſalis civibus ſine contradictione commendari non poſſunt? Suum cuique tribuere eſt Juſtitiæ particularis, quæ definitur: Reliqua duo ſunt monita Juſtitiæ univerſalis, quæ commendantur. Alii malunt ita; officium tribuendi ſuum cuique proprie adæquatum eſſe Arti Juris; hoc autem ſi ad omnia proximo debita referatur officia, tunc honeſte vivendi partes multoque

magis

mag's alterum non lædendi complectitur: quæ ſic implicite in definitione & explicitè in præceptis IurisCti exponere voluerunt. Nec Ameſius inde ſit alienus;

4. Etenim is ibi definit, in quo poſſunt acquieſcere IurisCti, quando Iuſtitiam definit, *virtutem, quâ inclinamur ad debitum officium proximo præſtandum.* Modò tum miſſam faciamus diviſionem in Univerſalem & particularem; quæ reverâ non ſunt oppoſitæ ſpecies, nec eſt Iuridica ſed Ariſtotelica partitio. Nam univerſalis uſu loquendi pro cultu omnium virtutum accipitur, & particularem comprehendit. Hæc autem τὴν πλεονεξίαν ſolam, id eſt, τὴν ἡδονὴν ἀπὸ τοῦ κέρδους, ut Ariſtoteles, *voluptatem quæ eſt à lucro* coheecet. Poteſt ita inſtitui, ut Iuſtitia ſit virtus, quæ cohibet omnem malam cupiditatem, alterum in qualibet re quovis modo lædendi; ut non modò fur ſit injuſtus, ſed etiam adulter & calumniator & quicunque non tribuit alteri, quod ullo modo ad ipſum pertineat: Quod optime verbis *tribuendi ſuum cuique* à IurisCtis expreſſum eſt, nec aliud ab Ameſio in his verbis; *ad debitum officium proximo præſtandum.*

5. Proferuntur & aliæ adverſus hanc definitionem objectiones, veluti quod Iuſtitia perperam dicitur, Voluntas, quæ eſt Facultas mentis oppoſita intellectui; quod nullus homo ſit conſtanter & perpetuo juſtus, quod *conſtans* & *perpetuum* ſit ταυτολογία, quæque ſimilia: ſed hæc tralatitia ſunt; quæ de illis non dicta ab aliis habuimus, vide ſis in *lib.* 1. *Digreſſ. c.* 7.

Ulpianus lib. 1. *Regular.*

Iuris Precepta ſunt hæc; honeſte vivere, alterum non lædere, ſuum cuique tribuere. l. 10. §. 1. *d. Iuſt. & jur.*

1. CENSURA duplex; primo enim his præceptis multa juris capita & poſitiones, quaſi cum illis pugnent, à variis auctoribus exprobrari ſolent, quæ nos heic cumulanda non putamus, ſuis locis commodius reſervanda. Sed Alteram ſuppeditat AMESIUS *in d. cap.* 15. cujus verba longiora licèt, apponam: *Confuſa & imperfecta admodum eſt*, inquit, *hæc enumeratio. Nam* I. *Nihil præcipitur de Deo colendo, quod tamen eſt Principium Iuris Naturalis.* II. *Honeſte vivere, prout à Theologis & philoſophis hæc phraſis accipitur, idem eſt quod virtutem colere &c. Honeſte vivere igitur, ſi hoc ſenſu accipiatur, nihil aliud eſt, quam juſte vivere: ita, ut cum Iuris Præceptum dicitur, honeſte vivere, nihil aliud dicatur, quam Ius præcipere, ut juſte vivamus, & ſic nihil omnino dicitur, quia idem per idem explicatur. Si verò ſic accipiatur hæc phraſis, prout à vulgo intelligitur, pro honore ſcilicet & laude ab hominibus comparanda, tum nullum certum Preceptum continet, ſed ut quiſque velificetur ſuo honori & exiſtimationi, ſecundum futilem & inconſtantem opinionem vulgi.* III. *Non lædere alterum quid ſit, præceptis juris explicari debet; Nam eo ipſo quod officium facimus erga aliquem, ipſum non lædimus. Si autem non faciamus officium, lædimus eum, quia jus ejus ipſi non tribuimus, quamvis forſan nobiſmet ipſis videamur bene de ipſo mereri: hoc igitur eſt præceptum nimis confuſum.* IV. *Suum cuique tribuere nihil aliud eſt quam jus cuique*

 tri-

Digitized by Google

tribuere, id eſt, facere quod Ius & juſtum eſt. Non magis igitur eſt Præceptum Iuris, quàm Legis præceptum dicendum, legitime vel ſecundum legem vivere.

2. Mirari licet, conciſæ brevitatis amatorem Theologum tanto plura effundere verba in re tralatitiâ, quàm in rebus maximis ſolet. Omnia nituntur hac hypotheſi, quod hæc tria præcepta in aditu Iuriſprudentiæ poſita ſint, ideo, ut Artis materiam finemque adæquent & pro fundamentalibus principiis, unde reliqua educantur, ſerviant; quod cum aliter noſtris, ut paulo ante oſtendimus, propoſitum fuerit, hæc ἀγχίνοια Cenſoris in irritum deſinit. Porro ad primam objectionem, non deeſſe Iuris auctoribus memoriam Religionis, omnes Iuſtiniani præfationes ab invocatione Numinis, ſine cujus ope nihil rite fiat, inchoatæ loquuntur, etiam in primo Inſtitutionum exordio; ut hac parte ſuperet ipſum Pontificem Romanum; quem ideo tamen vix auſim notare tam gravi cenſura, quam viſum præceptori noſtro *in princ. Exercit. ad Inſt. Exorſus eſt*, inquit, *Iuſtinianus ab invocatione Domini noſtri Ieſu Chriſti, pie & religioſe. Quare Pontifex Romanus non ita auſpicetur Ius Canonicum, Rainoldus Corſus ſex adfert rationes l. 3. indag. jur. c. 15.* Ἐκ τοῦ κρασπέδου τὸ ὕφασμα ἀπόδηλον, *Ex laciniâ cognoſcitur pannus. Primum, non erat neceſſe*, inquit, *Pontificem declarare ſe Chriſtianum, perinde ac Imperatorem: Eo enim quod ſe dicit Epiſcopum, adfirmat ſe eſſe Chriſtianum c. 1. & 2. diſt. 21. cum multi Imperatores à Chriſti lege fuerint alieni. Nempe, Antichriſtus*, pergit Wiſſenbachius, *dedignatur invocare verum Pontificem; Epiſcopum verum ab invocatione* τοῦ Ἐπισκόπου τῶν ψυχῶν ἡμῶν *Chriſti, Iuris ſui promulgationem ordiri decuit.* Etſi rectius ita Pontifex inſtituiſſet, nec ratio Corſi valeat, tamen ut hanc oblivionem pro Antichriſtianiſmi notâ habeamus, cum alibi Pontifices eâ parte ſatis prolixi fuerint, nimis acre videtur. Ameſii vero cenſura, quod inter ſententias, in ſecundo Artis frontiſpicio poſitas, non appareat Religio, quam in exordio magnâ voce conteſtatus erat Cæſar, non multo plus rationis habet, quàm Accurſius habuit in reprehendendo Juſtiniano, quod is ſcripſerit *in §. per traditionem 40. Inſt. de Rer. diviſ. Nihil tam conveniens eſt æquitati naturali, quam voluntatem domini volentis rem ſuam in alium transferre, ratam haberi.* Imo, carpit ille, *Deum colere magis eſt conveniens.* Non ubi creberrima Dei mentio fit, præcipua ſemper Religio extat.

3. Ad ſecundam *Ameſii* objectionem reſpondemus; Id actum eſſe à Iuris conditoribus, ut cum exprofeſſo de officio tribuendi ſuum cuique, duntaxat agere conſtituiſſent, auditoribus ſuis & civibus inculcarent, tamen omni virtutum generi operam eſſe dandam, adeoque ſemper & per omnia *honeſte vivendum*, etſi univerſum illud inſtitutum ſuis regulis & legibus non eſſent perſecuturi. In eo quid abſurdi reſideat, ipſis Theologis judicandum relinquimus. Nam quod Ameſius honeſte vivere & juſte vivere dicit unum idemque eſſe, verum fuerit de Juſtitiâ univerſali, quam non tractant Iuriſcti, ſed agunt vel de particulari vel de juſtitiâ, quæ proximis officia debita, ut ipſe Ameſius finivit, præſtare docet; honeſtas autem latius patet, etiam prohibens ebrietatem aliaſque libidines in ſingulis hominibus ſe terminantes & in corpus ſuum ſævitiam; item Dei cultum negligere, corrumpere & ejus nomine abuti. Hæc etſi Juſtitiæ ambitum Artiſque ſuæ tractatum excedentia tamen civibus inculcata volunt Iurecconſulti, ſine periculo

lo tautologiæ. Denique ſignificatio quam ſibi fingit Ameſius, honeſtatis pro laude & honore, qui ſit à vulgi opinione, hinc alienam eſſe non eſt quod Lectori approbemus, vel approbet ipſe.

4. Ad tertiam objectionem; Concedimus, hoc præceptum æquè late patere quam officium hominis juſti, quod cujuſmodi ſit, per regulas juris particulatim explicandum ſit. Verba tamen ita ſimpliciter collocata ejuſmodi ſunt, ut ob oculos poſita unumquemque in omnibus ſuis actionibus officii ſui commonefacere poſſint, nec ideo confuſionem pariant, quia ſunt generalia; non magis quam hoc, quo dicitur, *Quod tibi non vis fieri, id alteri ne feceris.*

5. Ad quartam objectionem; Fallitur Ameſius, quando *jus ſuum cuique tribuere*, nihil aliud eſſe dicit, quam facere *quod jus & juſtum eſt.* Nam præter quod *Ius* ſignificat regulam boni & recti, etiam denotat facultatem ad aliquid habendum aut agendum, ut eſt jus crediti, jus dominii, jus patriæ poteſtatis, jus mariti in uxorem & ſimilia. Nec priore, quod Ameſius putat, ſed poſteriore ſenſu, Jus ſumitur in hoc tertio præcepto. Neque tamen negari poteſt, vix eſſe ut latius aut arctius pateat monitum tribuendi ſuum cuilibet, quam alterum non lædendi; tamen etſi uſum in hominibus commonefaciendis diverſum præbeant, quemadmodum Cicero in *lib.* 2. *Officiorum* luculenter demonſtrat, exigendo boni Viri officia primo per hoc præceptum, *ne Cui noceatur*, dein ut *ſuum cuique tribuatur.*

Ulpianus lib. 1. *Regul.*

Iuriſprudentia eſt divinarum atque humanarum rerum notitia, juſti atque injuſti ſcientia. l. 10. §. *ult. d. Iuſt. & Iur.*

1. Etiam hæc definitio eſt ex iis quas vulgo exagitant, eo quod ad pompam magis & oſtentationem quam ad uſum facta ſit. D. Ant. Matthæus *in diſp.* 12. *fund. jur. th.* 4. *Dicis, opinor, gratia definitur juriſprudentia divinarum atque human. &c. Nam & phiſolophiam eodemſere modo definit Cicero in Off.* Quid enim JurisCtis cum rebus divinis? aut ſi, volunt eſſe Sacerdotes, ut ἱερεῖς εἶναι *in l.* 1. §. 1. *h.* tropus inſolens, Artis definitioni inſerendus non erat. In promptu eſt reſponſio ex ipſo Cicerone, *Orat. Pro domo. Cum multa divinitus, Pontifices, à majoribus noſtris inventa atque inſtituta ſunt, tum nihil præclarius, quam quod vos eoſdem & religionibus Deorum immortalium & ſummæ Reipubl. præeſſe voluèrunt*, inquit. Si dicas æquè in promptu eſſe replicationem; Romanos veteres in gentiliſmo ita obſervaſſe, verum à Chriſtiano inſtituto, quod res divinas ab humanis ſeparat officiis, id eſſe alieniſſimum: debuiſſe ita definire Jurisprudentiam Juſtinianum, ut Chriſtiano Principi conveniret. Haud regeram Pontifices non habuiſſe plus juris, humana divinis miſcendi in ſuis canonibus, quod ſtrenuè fecerunt; ut etiam invitâ Juriſprudentia, praxis forenſis, adhuc hodie ſecundum canones forte magis quam jus civile regatur; neque dicam, imo Cæſari aliquanto plus juris eſſe in Eccleſiam quam Pontificibus in Forum, etſi nihil ſit verius. Sed replicabo potius, Principis officium circa res divinas primo loco verti, quorum is eſt epiſcopus ἐν τοῖς ἔξω τῆς Ἐκκλησίας, *extrinſecus Eccleſiæ*, qualem Conſtantinus Magnus ſe profeſſus eſt, idemque Iuſtinianus in Codice ſuo ma-

gnifi-

Digitized by Google

gnificè præ ſe fert ſenſu tamen non eo, quem vulgo tribuunt Conſtantino, etiam Vedelius in *erudito libello de Epiſcopatu Conſtantini M.* Nos verum, ni fallor, ſenſum dedimus in *lib.* 1. *de Iur. Civit. ſect.* 5. *cap.* 1. *n.* 2. *& ſeqq.* Præterea ſciendum, hæc verba *divinarum & humanarum rerum notitia*, quæ Cicero de philoſophiâ prædicat, eſſe generis loco; quæ ſequuntur, addunt differentiam & priora civiliter reſtringunt; *quatenus* in rebus divinis quæritur, *quid juſtum*, *quid injuſtum* ſit; quod multis modis fieri, juris publici & privati Scriptores copioſe demonſtrant. Denique, nolim aliquis ita putet, otioſam & frigidam eſſe *juſti & injuſti* oppoſitionem in definitione; Nam vix eſt ut quod juſtum ſit, niſi ex injuſto explicare queas, ut rectè Grotius 1. *de j. b. & p. c.* 1. *n.* 3.

Paulus lib. XIV. ad Sabinum.

Prætor quoque jus reddere dicitur, etiam cum iniquè decernit. l. 11. *in med. eod. tit.*

1. Ius eſt, ut ſuprà intelleximus, vel bonum & æquum; vel id quod ſaltem non eſt injuſtum, quod non lædit ſocietatem humanam. Quid autem magis ab æquo & bono remotum, quid magis injuſtum, vel quid denique magis lædit ſocietatem humanam, quam quod heicè Paulo præſcriptum eſt; uti quod optimum & ſaluberrimum in genere humano repertum eſt, in perniciem injuriamque ſingulorum convertatur. Huic evitandæ abſurditati quidam ſic inſtituunt, referente Gotofredo in notis *ad hunc locum.* Decretum Prætoris iniquum heic eſſe contra æquitatem, quæ opponitur juri ſtricto. Quando lex aliquid ſtatuit, quod eſt durum & iniquum adverſus ſingulos, ut exemplum extat in *l.* 12. *Qui & à quib. manum. fiant lib.* Tum Prætor ſecundum legum judicans, etſi iniquum ſit quod pronuntiat, jus tamen eſt, quia legibus eſt conſentaneum. Sed hac quidem reſponſione non patitur nos uti Papinianus in *l.* 65. §. 2. *ad Sc. Trebell.* ubi ſic ait; *Cum Prætor causâ cognitâ, per errorem vel etiam per ambitionem, juberet hereditatem ut ex fideicommiſſo reſtitui, etiam publicè intereſt reſtitui, propter rerum judicatarum auctoritatem*; quæ *pro veritate habetur*, etſi à vero juſtoque aberret, idque directe evertat, per *l.* 25. *d. Stat. hom.* Ratio non eſt obſcura, ab eo petita, quod victi plerumque putant injuriam ſibi eſſe factam; cujus prætextu ſi vim rei judicatæ eludere poſſent, nihil certi in Republ. nec ullus contentionum finis eſſet. *Ut per imperitiam aut injuriam judicis male judicetur; tam frequens eſt in omnibus pene tribunalibus, ut nihil ſit frequentius, nihil formidabilius, quid addam? nihil pene certius, apud illos præſertim, qui non ex legibus; ſed ex æquitate illâ cerebrinâ ac plane equinâ liberum judicandi, quomodo velint, non quomodo debeant, arbitrium ſibi arrogant*, verba ſunt Antonii Fabri, Præſidis ſummi Sabaudorum Judicii in Rational. ad *l.* 50. *d. Pecul.* Bene; dicat aliquis, valeat auctoritas rei judicatæ; ſed quid eſt opus eam Jus appellari: Jus injuſtum eſt contradictio in adjecto, ut Schola vetus loquebatur. Imo vero Ius eſt, quicquid cives obligat ad faciendum aliquid aut patiendum: Ipſa lex eſt Ius, etſi à ratione aberret, ut *infrà* videbimus. Quin & ſalus populi & quies gen-

gentium poſtulat, ut leges & res judicatæ independenter à ratione juſti & injuſti atque indiſtinctè valeant; cum alioqui diſceptatio juſti & injuſti nullum exitum haberet, ideoque res ad bellum, quod eſt inter homines nullo Imperio conjunctos, rediret; cum nihil ſit certius, quam, ubi deſinunt Iudicia, ibi incipere bellum. Sic igitur habendum; Ius eſt, vel totum ac intus bonum & æquum; vel externum, quod obligat cives ad patientiam. Quibus tamen conſultum eſt remediis provocationum, donec ad ſummam Reipubl. poteſtatem pervenerint; à quo ſi æquum non obtineant, quicquid tamen obtinent id Ius eſt. Infrà ſæpius hæc res uſu veniet.

2. Antequam progrediamur, oportet paucula quæ ex Inſtitutionibus, in Pandectis non obvia, moventur, removere; magis, quia pro inſtituto non poſſunt omitti, quam quod vindicem omnia requirant: Etſi poſt ejus generis objectiones cumulatas Vir. Cl. cenſor Iuris ita ſubjungat, *Rides diſputationem, quod ad pleraque omnia mala Interpretes Iuris reſpondeant? Ridere, quæſo, deſine. Legi dudum omnia: Et cognovi dudum, futilia eſſe & inepta omnia, quæ reſponſa ſunt. Diſput. fundam jur. 9. th. 25.* Videamus ex ungue Leonem & caveamus à futilitatis & ineptiæ nota, ſi facultas erit: cujus rei exiſtimatio penes Lectorem eſto. Præmittemus aliquid *ex proœmio Inſtitutionum.*

Juſtinianus in proœm. *Inſt.* §. *Cumque hoc.*

Mandavimus, ut Inſtitutiones componerent, ut liceat vobis prima legum cunabula, non ab antiquis fabulis diſcere, ſed ab Imperiali ſplendore appetere; & tam aures quam animi veſtri nihil inutile nihilque perperam poſitum, ſed quod in ipſis rerum obtineat argumentis, accipiant.

1. Cenſura Viri Cl. *in diſput. fundam.* 2. *th.* 87. *Secundus*, inquit, *nævus*; *Dicit Juſtinianus, nihil inutile nihilque perperam in his libris eſſe poſitum, nihil quod non in ipſis rerum obtineat argumentis. Et totus tamen eſt paſſim in recenſendo jure antiquo in §. præterea Quib. mod. jus patr. pot. ſolv. Tit. de Attil. Tut. In §. ult. de Donat. In §. 1. de teſtam. ord. Tit. de exhered. lib. Tit. de L. Falcid. De Fideic. hered. De hered. quæ ab inteſt. De legit. agnat. ſucceſſ. De ſucceſſ. libert. Tit. de obl. quæ ex del. Tit. de Satisdat.*

2. Reſponſio certa & ſimplex; Promiſſio fuit de non inculcandis juribus antiquatis pro vigentibus, non fuit ut de jure veteri nulla commemoratio fieret. In nullo iſtorum locorum, quæ objiciuntur, eſt doctrina Iuris obſoleti quaſi adhuc vigentis, propoſita: ſed ut origo juris novi demonſtretur idemque melius intelligatur, juris antiqui hiſtoria quandoque præmittitur. Id ipſe facturum ſe prædixit Imperator in §. *in quibus d. proœm.* In quibus *breviter expoſitum eſt quod antea obtinebat & quod poſtea deſuetudine inumbratum, Imperiali remedio illuminatum eſt.* Nam hoc, credo, non poſtulabunt Cenſores, ut quæ per Novellas mutata ſunt, hæc in Inſtitutionibus, etſi dein antiquata, reperiri non debeant. Quid vero tum, ſi quod alibi jus vetus, ſine novo inrepſiſſet? Cui hoc non accidat, diligentiſſimo ſcriptori, Iuris præſertim, quod per annos

mille & amplius tot mutationes acceperat? Totum in hoc fuiſſe Iuſtinianum, aut ſæpius ei obreptum eſſe, id à liquido vero procul abeſſe palam eſt. Cæterum, quo ſenſu Iuſtinianus antiquum Ius *Fabulas* in loco ſupra ſcripto appellet, diximus in *lib.* 1. *Digreſſ. c.* 4. At quam merito imputet Iuris ſtudioſis, quod elementa inſtitutionis, ex ore Legum Conditoris accipiant; etſi exempla reliquarum Artium, quarum tyrones ſæpe dediſcere oportet inſtitutiones *alibi* perceptas, eximie demonſtrent; ad hunc tamen locum non pertinet.

Eodem proœm. §. Igitur.

In quatuor libros eaſdem Inſtitutiones partiri juſſimus, ut ſint totius Legitimæ ſcientiæ prima elementa.

1. Cenſura ejuſdem Viri Cl. *d. loco*; Nævus eſt, *Inſtitutiones Tribonianus definit, quod ſint, totius Legitimæ ſcientiæ elementa. Non ſunt*, & pleraque Pandectarum capita recenſet idem, qui modo Vir. Cl. de quibus parum aut nihil eſt in Inſtitutionibus.

2. Reſponſio pridem alibi occupata eſt; Inſtitutiones continere fundamenta omnis doctrinæ, quæ prima elementa percepturis erant neceſſaria. Et hoc bene implevit Imperator; aliter non debuit, & male conſuluiſſet, ſi omnium rerum ſummas huc contuliſſet. Nec tamen non bene prædicatum eſt, Inſtitutiones univerſæ artis elementa eſſe, non ſingulorum capitum.

Ex tit. Inſt. de Jure Nat. Gent. & Civ. §. Et non.

Et non ineleganter in duas ſpecies Ius Civile diſtributum videtur: Nam origo ejus ab inſtitutis duarum Civitatum, Athenarum ſcilicet & Lacedæmoniorum, fluxiſſe videtur. In his enim Civitatibus ita agi ſolitum erat, ut Lacedæmonii quidem magis ea, quæ pro legibus obſervabant, memoriæ mandarent; Athenienſes vero ea quæ in legibus ſcripta comprehendiſſent, cuſtodirent.

1. Locus omnium ſibilis exceptus, eo quod ſatis conſtet, Lacedæmoniorum jura non ſcripta, minime fuiſſe *Conſuetudines*, ſed æque Leges certo auctore Lycurgo latas, quam quas Solon Athenienſibus dederat: Atqui hæc comparatio applicatur hoc loco juri ſcripto Romanorum & non ſcripto, id eſt, Conſuetudinibus. Hæc vera objecta ſunt; æquè verum eſt, Juſtinianum, qui hæc habet ex aliquo veteri ſcriptore, ut indicat ſtylus, nihil referre quod non ſit veriſſimum, Leges Atticas fuiſſe ſcriptas, Laconicas non ſcriptas; Lycurgus enim voluerat, ut ſuæ Leges inde ab infantiâ memoriæ mandarentur, ſicut apud nos ſymbola Chriſtianiſmi ſolent, ne ſcriptæ minus in conſpectu memoriæ civium forent. Fuit igitur Græcum jus ſcriptum vel non ſcriptum, ἔγγραφον, ἄγραφον: ſimiliter Romanum eſt ſcriptum vel non ſcriptum; hactenus bene. Si tu pergas in comparatione, pro te id facies, Juſtinianus non ſequitur, neque præivit ulterius. Elegantiæ cauſa terminos illuſtravit, nec amplius ei propoſitum fuit:

Digitized by Google

fuit; nec dubium, quin haſtenus recte; ſuper eo quod non ſcripſit, immerito reprehenditur, neque jure poſtulatur, ut comparatio ſimilitudinem rerum exhauriat, ſæpe illam adumbrat; neque docet hoc Imperator, ſed elegantiam græciſmi adfectat, ad doctrinæ ſummam nihil attinentem.

Juſtinianus eod. tit. §. 11.

Sed naturalia jura, quæ apud omnes gentes peræque obſervantur, divinâ quâdam providentiâ conſtituta ſemper firma atque immutabilia permanent. Ea vero quæ ipſa ſibi quæque Civitas conſtituit, ſæpe mutari ſolent, vel tacito conſenſu populi vel aliâ poſtea lege lata.

1. Immutabilitas Iuris Naturæ in hiſce verbis ſtatuitur à Juſtiniano, idque *divinâ quadam providentiâ*; Proinde ſicut Deus eſt immutabilis, ſic quoque jus ab illo mentibus inſculptum; unde nec à Deo quidem mutari poſſe communis obſervatio eſt, etiam Grotii in *lib.* 1. *d. jur. b. & p. c.* 1. *n.* 10.

2. In contrarium, non omne Jus Naturale eſſe immutabile, quæ eſt poſitio Iuſtiniani, ſtatuit cum Connano, Paçio, Goclenio, Ant. Matthæus *Coll. Inſt.* 1. *th.* 25. cui forte difficultati ope diſtinctionis (cum pace ſcholæ hodiernæ) juris Naturæ præcipientis, ſuadentis & permittentis, mederi licet. Plures ita jus naturæ eſſe immutabile, ut ipſe Deus immutabilis eſt, negant, ſed immutabilitatem reſpectu hominis intelligunt; mutabile verò Ius naturæ eſſe volunt ex diſpenſatione & voluntate Dei; inter quos eſt D. Eſſenius *tract. de ſubject. Chr. ad L. Dei c.* 2. §. 12. *& ſeqq.* Nos hac de re nihil addemus iis, quæ dicta ſunt à nobis *in parte* 2. *Digreſſ. c.* 7. *n.* 6. *& ſeqq.* Nec de ſententia Cl. Puffendorffii, qui jus ipſum naturale facit poſitivum; nihil in ſe, docens, illicitum eſſe vel turpe, nec ullos actus eſſe debitos, aut illicitos, antequam per legem tales fiant. Quam tamen ſententiam utcunque primo duram auditu, ita explicat, ut nihil abſurdi inde, ſi naturæ Jus legem quoque eſſe latam à Deo ſtatuas, ſequi videatur; ſed libertas actionum & decretorum Dei aliquanto magis inde fit conſpicua, etſi τὸ πρωτότυπον Dei præceptis naturalibus ad humanam ſocietatem pertinentibus ſubducere videatur; non æque dictum Apoſtoli, de eo quod gentes ſine *lege* turpia & honeſta diſcernunt, habentes τὸ ἔργον τοῦ νόμου γραπτὸν ἐν ταῖς καρδίαις; *opus legis cordibus inſcriptum*; facultas enim illa quâ mens à Deo prædita eſt, ut quid ratio ſecundum ordinem naturæ à Deo impreſſum à ſe ſe exigat colligere & conſtituere queat, ſufficit ad vim illorum Pauli verborum præſtandam. Nec plane in illa ſententiâ plus poſtulatur, quam quod ab Eſſenio ſuppoſitum eſt & ſupponendum fuit. *l.* 2. *de Nat. c.* 3. *n.* 3. *& ſeqq.*

3. Unum eſt, de quo heic aliquid collocandum. Juſtinianus divinæ cauſam providentiæ, unde uris naturalis immutabilitas oriatur, incertitudinis notâ, *quadam*, attemperat; haud dubie ſpectans eo, quod omnes fere tam Chriſtiani quam gentiles, de Iure Naturæ ſcribunt, ejus fundamentum conſiſtere in quadam inſita & congenita facultate cognoſcendi turpitudinem aut neceſſitatem moralem eorum quæ à Deo ſine lege præcipiuntur aut vetantur; quâ in re fatendum

tendum eſt, non omne ineſſe, quod ad claram & diſtinctam preceptionem explendam, vel ad demonſtrandum in ſingulis rebus, an, & quare actiones objectæ ſint turpes aut honeſtæ, ſufficiat. Veteres tamen unanimiter ita, excepto Carneade, qui nullum jus naturæ dari, ſed ita ſtatuebat, *Utilitas juſti prope mater & æqui*, ut Horat. 1. *ſat.* 3. contra quam ſententiam diſputat Lactantius *l.* 5. *divin. Inſt. c.* 16. & Grotius in præfat. operis magni. Cæteri fere omnes in illâ facultate *quâdam* ſubſiſtunt, nec aliud pluribus verbis ipſe Grotius in *lib.* 1. *de jur. b. & p. c.* 10. Ideo recentiores aliter inſtituerunt. Inter quos auctor *de princip. juſt. & decor.* in ſpeciem moris geometrici ab hoc indubitato axiomate, *quod Deus ſit & mundum condiderit in ſapientiâ*, incipiens in hoc definit, quod ordo mundi ſapienter *à Deo conſtitutus homini indicare debeat*, *quodnam cujuſque in agendo ſit officium:* Quæ verba nihilo plus lucis in ſingulis actionibus dare videntur, quam quod Juſtinianus, per divinam *quandam* providentiam ſuggeſſit; Etſi auctor ille non ceſſat ex ejuſmodi indubitatis generalibus, ut fit, educere multa paradoxa. Quomodo Hobbeſius, qui ſimiliter ex indubitatis, poſtulatis enormia quævis eduxit, inſtituerit, aliàs retulimus & examinavimus in *l.* 1. *de Iure Civ. c.* 3. & in *parte* 2. *Digreſſ. l.* 1. *c.* 8.

4. Venit etiam D. Puffendorfius in partes, à quo aliquando diſſentire viſi ſumus in eo, quod *facilitatem æquum ab iniquo diſcernendi ex adſuetudine provenire* ſcripſerat, *dum pueri & vile vulgus à teneris annis & ſtatim atque uſum aliquem rationis exſerunt, vident, bona probari, mala improbari; & illa laudes, hæc pœnam ſequi: quorum quotidianum exercitium & totius vitæ communis compages ad iſtum modum digeſta ita animos diſponit, ut paucis dubitare ſubeat, an aliter iſtud fieri poſſint.* Secundum hæc ita exiſtimat, Paulinam locutionem περὶ τοῦ νόμου γραπτοῦ ἐν ταῖς καρδίαις, de lege ſcripta in cordibus, nihil notare, quam *liquidam altaque mente repoſtam cognitionem undecunque* ea menti *impreſſa fuerit lib.* 2. *de Iur. Nat. & Gent. c.* 3. §. 13. Hactenus omninò adſentiri difficile eſt. Sed inde tamen non ſequitur, eum amplecti debuiſſe eorum ſententiam, *qui animis hominum volunt eſſe congenita & impreſſa Iuris Naturalis ſaltem generalia præcepta, ad modum diſtinctarum & actualium propoſitionum, quæ ſtatim atque uſus ſermonis acceſſerit, citra ulteriorem informationem aut meditationem ab homine poſſint exprimi.* Non eſt forte recuſandum, veritati & verbis Apoſtoli ſatisfactum videri, eo quod poſtea ſubjungit, *quod intellectui humano ea ſit facultas, ut ex contemplatione conditionis humanæ liquido perſpicere poſſit, ad normam ejus legis ſibi neceſſario vivendum.* Quod fere eſt idem, niſallor, cum eo quod *ex Auctore de princip. Iuſti & decor.* modo protulimus, *mundi à Deo ſapienter ordinati conditionem homini neceſſario indicare, quodnam cujuſque in agendo ſit officium.* Sed inde non ſequitur, illam ratiocinationem non poſſe colligi ſine informatione, nec conſtare ſine adſuetudine & exemplis audiendi, videndi laudes & pœnas; etſi hæc eam adjuvant & confirmant. Lex inſcripta cordibus, quam dicit Apoſtolus, habet omnino vim τοῦ αὐτοδίδακτον ποιῆσαι τὴν γνῶσιν τῶν καλῶν καὶ τῶν τοιούτων, *faciendi, ut notitia honeſti & inhoneſti nil egeat inſtitutionis alienæ*, ut Chryſoſtomus ait *homil.* 14. *ad Antioch.* Idem alibi, Νοῦν ἔχων ἀπὸ σεαυτοῦ γνώσῃ, ὅ τε δεῖ πράττειν καὶ ὅπως; *Mentem habens ex te ipſo cognoſces, quid faciendum & quomodo.* Quemadmodum

notitia

notitia Dei naturalis etſi collectione fiat, inſtitutione tamen aliena non ita eget, ut aliter nullo modo animis ſedere poſſit. Nec tamen non rectè dicitur *inſcripta* cordibus hominum, quando & ipſi gentiles illud dictamen rationis αὐτοδίδακτον, appellant τὸν θεὸν τὸν ἐνοικοῦν, *Deum in cordibus habitantem*. Plato *l.* VIII. de Legibus & Cicero *cæleſtem deſcriptionem Lib.* I. *de Legib.*

5. Porrò, ne ſubſiſtat in Juſtinianæo, *quâdam*, Puffendorffius, fundamentum Juris Naturæ explicat his poſitionibus. I. Homo per naturam conſervandi ſui ſtudioſiſſimus. II. Imbecillis & egenus eſt omnium rerum. III. Quod opus eſt adſequi, non poteſt, niſi cum aliis ſui generis colat ſocietatem. IV. Et niſi adverſus eos ita ſe gerat, ne ab ipſis lædatur. V. Conſequenter omnium ſatagat, quæ ad ſocietatem conſervandam pertinent, fugiat autem ea quibus eadem læditur; pluribus in eodem deſinens, quod habet Grotius, quem tamen in hac doctrinâ varie exagitat. Qui ſic inſtituit; jus idem eſſe quod juſtum; juſtum, quod injuſtum non eſt; Injuſtum, quod naturæ Societatis ratione utentium repugnat *L.* I. *c.* I. *n.* 3. Sed hoc ſolummodo Grotius ibi, de jure, quod ad alios habet relationem, & uſum habet in pace belloque, non de univerſo jure naturæ; quemadmodum nec Puffendorffii poſitiones hoc exhaurire videntur: Sunt enim juris naturæ non pauca, quorum neceſſitas aut prohibitio propriè non pendet à conſervatione vel læſione ſocietatis humanæ, qualia non modo ſunt quæ ad Deum ſpectant; neque enim hæc à Jure Naturæ ſeparare fas eſt, ſed etiam quæ ad hominem, ut ebrietas aliæque libidines in ſingulis ſe terminantes; quin etiam ad alios, ut matrimonium inter parentes & liberos, fratres, atque ſorores. Plane igitur vel recurrendum ad Juſtiniani τὸ *quâdam*, ut eſt in *noſtro loco*, ſive ad Grotii convenientiam & diſconvenientiam cum ipſâ naturâ rationali, vel in eo, quod diximus, præcepto generali ſubſiſtendum, quod eſt hujuſmodi; Conſcientiam ſtatus, in quo Deus humanum genus libere & ſapienter ordinavit, ſuggerere normam homini rectâ ratione utenti, ſecundum quam actiones ſuas inſtituat, in his quæ immediato dictamine rationis confici poſſunt. Nam determinatio & accommodatio ſingularium, eſt juris poſitivi & requirit arbitramentum. Meliora ſuggerentibus libenter auſcultabimus. Etiam Viro Cl. ſi poteſt Hobbeſii viam in adſtruendo Jure Naturæ tueri & explicare convenienter rectæ rationi; Sed agit hoc, ut mihi quidem videtur, parum σαφῶς, nec ita ὡς αὔτως apud Hobbeſium *d. cap.* 3. *n.* 16. Nobis in hæc evagari non eſt integrum, poſtquam textui noſtro debitum patrocinium adhibuimus. Vide ſis quæ ſcripta in *d. l.* I. *ſect.* I. *c.* 3. *de Jur. Civit.* & parte 2. Digreſſ. *l.* I. *c.* 8.

Pomponius lib. ſingulari Enchirid.

Initio Civitatis noſtræ populus ſine lege certâ, ſine jure certo primum agere inſtituit, omniaque manu à Regibus gubernabantur. l. 2. *d. Orig. Jur.* §. I.

I. Videndum, ne Pomponius ſibi ipſe obloquatur, cum paulo poſt ſcribat, tot leges ſub Regibus eſſe latas, ut in librum eas congeſſerit Sextus Papirius, idque Jus *Papirianum* eſſe dictum, meris legibus conſtans, ſine ullo ipſius additamen-

Digitized by Google

ditamento. Quare Viris doctis ita fere videtur, Pomponium ſcribere debuiſſe, forte an etiam ſcripſiſſe, *manu Regis*, Romuli ſcilicet, quem Tacitus ſcribit, *ut libitum*, *imperitaſſe* Romanis, poteſtate arbitraria, quæ per *manum* ſignificatur; cujuſmodi omnium initia regnorum fuere, teſte Juſtino Trogi. Sic adeo Rævardus emendat hunc locum *libr. ſing. de auctor. prud. c.* 1. *Manu Regis* pro *manu à Regibus.* Quin Vaconius à Vacuna *lib.* 1. *declar. jur. c.* 9. negat, unquam fuiſſe talem manum Regiam; qualis à Pomponio deſcribitur, ut teſtatur Wiſſenbachius noſter *ad h. t. n.* 2. Sed eſt verum, non negare Vaconium illam manum Regiam; negat manum fuiſſe *Regum*, non negat fuiſſe *Regis*, id eſt, Romuli, fere ut Rævardus, ediſſerit. Sed Hotomannus *ad h. t.* negat abſolute, verum eſſe, quod hic dicitur, idque melius convenire Sylviis Regibus & Aboriginibus ait, quia Livius referat, ipſum Romulum jura dediſſe populo, qui ſine Legibus in civitatem coire non potuerit.

2. Quid nos; Emendandi Florentinam editionem ſat cauſæ non videtur, nec arguendi Pomponium inſcitiæ vel contradictionis; Verius eſt, manum regiam tempori Regum æqualem fuiſſe, tametſi primis ſub Regibus & Romulo maximè fuerit evidens. Leges à Romulo, quin & à Servio Tullio latæ ad jus publicum & regimen civitatis ordinumque differentiam, non ad privatas de meo tuoque controverſias ſpectabant; vel ſi tales quædam, ut abſciſſe negari nequit, hæ juri æqualiter inter cives dicendo nequaquam ſufficiebant, idque Dionyſius auctor eſt *lib.* 10. *à pr.* Conſulibus P. Volumnio, Servio Sulpicio, quod fuit anno V. C. 294. poſt Reges ejectos quinquageſimo, qui loquitur hoc modo: Οὔτε γὰρ τότε ἦν οὔτε ἰσονομία, οὔτε ἰσηγορία, οὐδ' ἐν γραφαῖς ἅπαντα τὰ δίκαια τεταγμένα, ἀλλὰ τὸ μὲν ἀρχαῖον οἱ Βασιλεῖς αὐτῶν ἐτάττοντο τοῖς δεομένοις τὰς δίκας, καὶ τὸ δικαιωθὲν ὑπ' ἐκείνων τοῦτο νόμος ἦν. *Neque enim adhuc obtinebat æqualitas legum aut juriſdictionis, nec omnia jura ſcripto comprehenſa erant. Sed olim quidem Reges eorum, jus petentibus ſtatuebant & res ab illis judicatæ vim legis habebant.* Hoc eſt, quod diximis & quod abſolvit tam Pomponium quam manum Regiam non modo Regis, ſed etiam Regum, atque Lectionem Florentinam.

Pomponius *eod. libro.*

In libro Sexti Papirii, qui fuit illis temporibus, quibus Superbus Demarati Corinthii filius. *l.* 2. *§.* 2. *in pr.*

1. Budæus *ad d. l.* 2. *Hoc in loco*, ait, *hallucinatus eſt Pomponius, aut error eſt audaculi cujuſdam emendatoris. Non enim Tarquinus Superbus Demarati filius fuit, ſed Tarquinius Priſcus*, *ut ex Livio* conſtat *l.* 1. *ab Urbe condita.*

Paruit huic Cenſuræ Hotomannus, pro *filius legendo pronepos*; ſed leviore manu hanc difficultatem removet Dionyſius Gothofredus, in notis *ad d. l.* 2. *§.* 2. adfirmando, *Tarquinium Priſcum, etiam dictum fuiſſe Superbum, teſte Caſſio Heminâ apud Servium, Livio, Victore & Plinio.* De tribus quidem poſterioribus fallit Gothofredus, quod in citationibus ei non eſt inſolens; nec in Heminâ apud Servium plus eſt, quam in reliquis: niſi per *conſequens* aliquid inde colligas

ligas, ut Cujacius, qui ad *hunc locum* ita ſcribit; *Utrique Tarquinio auctores Superbi nomen tribuiſſe videntur. Nam & Superbo tribuit Caſſius Hemina apud Servium & Livius & Victor de Cloacis, quod Priſco Plinius* XXXVI. *Et in Victore variè legitur, cum de filiabus ſcribit Servii Tullii; modo Superbi, modo Priſci. Et hunc quoque quem Pomponius Superbum vocat & palam ſcribit, fuiſſe Demarati Corinthii filium, Certiſſimum eſt & fuit æque Pomponio ac cæteris eſſe Priſcum.* Non erravit igitur Pomponius, ſi credimus Cujacio. Conjecturis ſanè adjuvatur appellatio Superbi in Priſco Tarquinio. Nam hic vernaculam Regum ſimplicitatem ſuperbis inſignibus in exoticum faſtum mutavit. Ad hoc faſces, trabeæ, curules, anuli, phaleræ, paludamenta, prætexta: Inde quod aureo curru, quatuor equis triumphatur, togæ pictæ tunicæque palmatæ, omnia denique decora & inſignia, quibus Imperii dignitas eminet, ut Florus ſcribit in *lib.* 1. *c.* 5. Vix aliter fieri potuit, quin Superbi cognomen inde hæſerit homini peregrinæ originis, in Martio & rudi populo, quod ad nepotem ejus propagatum cum hoc coaluit, majoribus famæ meritis & ſpeciminibus; atque tunc prior ille Priſcus appellari cœpit; nec enim prius quam tempore ſecundi Tarquinii cognomen illud, ut Dionyſius ſcribit, uſurpatum eſt. Si vero diſplicet in Priſco ſuperbiæ cognomen, Budæi conjecturâ de gloſsâ cauſam oportet ſuſtineat, eoque modo Pomponius æquè erit abſolutus, quem in re tralatitiâ erraſſe non eſt ſimile veri.

Ex eadem L. §. 3.

Exactis deinde Regibus, Lege Tribunitiâ, omnes leges hæ exoleverunt, iterumque cœpit populus Rom. incerto magis jure & conſuetudine uti, quam per latam legem: idque prope viginti annis paſſus eſt.

1. Pomponio fidem non habet Sigonius 1. *de antiq. jur. Civ. Rom. c.* 5. Neque *enim*, inquit, *ſi quæ aut res humanas aut divinas continerent, quæ plurimæ & è Republ. fuerunt, ſublatas eſſe crediderim*; Quemadmodum legis Regiæ, vetantis mulierem, quæ prægnans mortua eſt, humari, antequam partus ei excidatur, tanquam adhuc vigentis, mentio fit in *l* 2. *π. de Mort. infer.* Quænam porrò Lex illa Tribunitia? Nonne quam Junius Brutus tulit Tribunus Celerum, ne quis amplius Romæ regnaret? unde Hotomannus pro *Tribunitia*, legit, *Bruti Juniâ*; Leges igitur Regiam poteſtatem ſpectantes abrogatæ ſint, non cæteræ, ut idem Sigonius & Bachovius ad *τὰ πρῶτα h. loco.* Atqui illud ſpatium à Regibus ejectis uſque ad Legem XII. Tabularum, quem terminum incerti juris ſtatuit Pomponius in §. *ſeq.* non fuit *viginti*, ſed pene *ſexaginta* annorum; Reges enim expulſi ſunt anno V.C. CCXLIV. & XII. tabulæ conditæ ſunt anno CCCIII. Hæc igitur, ut Pomponius habet, parum cohærent.

2. Hiſce nodis explicandis ſic habendum; Regibus ejectis horum odio Leges Regiæ omnes neglectæ ſunt, paucis vel exceptis, vel deinceps in uſum reductis. Auctor iterum Dionyſius in *loco ſuperius laudato.* Ὡς δὲ ἐπαύσαντο μοναρχούμενοι, τοὺς κατ᾽ ἐκεῖνον μένοντας ἀπέωσε πάντα ἅμα τὰ βασιλέων ἔργα, καὶ ἡ τῶν δικαίων διάγνω-

διαγνῶναι καὶ τοῖς ἀμφισβητοῦσι πρὸς ἀλλήλους μόνος ἀπεδέδεικτο, ἐκεῖνοι τὰ δίκαια οἱ διαιροῦντες ἦσαν. τούτων δὲ τὰ μὲν πολλὰ τοῖς ἐπιτρόποις τῶν ἀρχόντων ἀρεσκόντων ἐπιδεικνύμενα ἀκόλουθα ἦν ἐπὶ τὰς ἀρχάς; κομιδῆ δὲ ὀλίγα τινὰ ἐν ἱεραῖς ἦν βίβλοις ἀποκείμενα, ἃ νόμων εἶχε δύναμιν, ὧν οἱ πατρίκιοι τὴν γνῶσιν εἶχον μόνοι. Cum Romani ſub Regibus eſſe deſiiſſent, Conſulibus annuis cum alia Regum munia, tum juris dicundi facultas, qua diſceptantium cauſas cognoſcerent & judicarent, incumbebat; Eaque poteſtas arbitraria patricios Magiſtratus conſequebatur; paucis admodum legibus in libris Pontificum conſignatis, quarum ſoli Patricii habebant cognitionem. Ita quidem Pomponio fides conſtat; niſi quod de annis XX. adjicit: hoc ſenſu enim anni ſunt prope LX, quos ideo, lectione, quæ in numeris facile aberret, mutatâ ſubſtituere oporteat, ut fidenter Hotomannus emendat, pro XX. legens LX. niſi cui placeat Antonii Goveani ſententia, qui in *l.* 1. *Lection. Jur. c.* 21. legem tribunitiam interpretatur eam, quam lata ſit à C. Terentio Arſa tribuno pl. de creandis Decem viris æqui juris condendi cauſâ, quæ contentio duraverit annis XIV. uſque ad XII. tabb. conditas; quo intervallo ceſſaverint Leges. Ideoque Pomponium pro XIV. poſuiſſe, prope Viginti. Sed nec ego tam prolixè ea, quæ Goveanus narrat, apud Veteres reperio, nec cum prioribus Dionyſii dictis conveniunt & nimis adhuc procul à viginti annis abſunt; Emendatio numerorum magis placeat, quandiu nihil melius. Utique nec Cujacius *ad h. loc.* juvat, annos XX. computans à tempore, quo tribuni plebis ſint creati. Nam hoc uſu venit annis XVI. poſt Reges expulſos, ex quo ad XII. tabulas publicatas ſunt anni tres & quadraginta, qui difficilius è XX fiunt, quam numerus LX. Bachovius ad *h. l.* ait eſſe lapſum Pomponii, ſed nimis ille quidem gravis fuerit. Emendemus igitur numeros, bonis avibus: cum Hotomanno, qui etiam pro *conſuetudine ali*, ſubſtituit hæc verba, *Conſulum libidine agi.* Placet, agi pro *ali.* De *conſuetudine*, nihil mutandum videtur.

Ex §. 4.

Poſtea, ne diutius hoc fieret, placuit, publicâ auctoritate decem conſtitui Viros, per quos peterentur leges à Græcis civitatibus & Civitas fundaretur legibus: quas in tabulas eboreas perſcriptas pro roſtris propoſuerunt, ut poſſent leges apertius percipi, datumque eis jus, eo anno, in Civitate ſummum: uti Leges & corrigerent, ſi opus eſſet, & interpretarentur, neque provocatio ab eis, ſicut à reliquis Magiſtratibus, fieret. Qui ipſi animadverterunt, aliquid deeſſe iſtis primis legibus, ideoque ſequenti anno alias duas iiſdem tabulis adjecerunt.

1. Contra hæc Bachovius ita in Commentario *ad h. l.* diſputat; *Ab omnibus prope notatus eſt error, ait, quod per X viros Leges à Græcis petitas ſcribit. Triumviri enim fuere, qui poſtea Leges, quas attulerunt, adjunctis aliis ſeptem, X tabulas, mox anno ſequenti alias & ita XII. tabulas, conſcripſerunt; non quidem iidem plane numero; alii enim novem anno ſequenti creati & uni Appio Magiſtratus continuatus fuit, ſed X viri ſcil. in locum priorum ſubrogati: quomodo accipiendum eſt, quod hoc loco ſcribit Pomponius; Eos ipſos duas tabulas adjeciſſe: aut an forte & hic*

hic lapſus eſt Pomponii ſive Triboniani: nam & porro errat, dum in tabulis eboreis perſcriptas eas tabulas publicè pro roſtris propoſitas fuiſſe ſcribit: In æs enim non in ebur inciſas fuiſſe conſtat, idque atteſtantur omnes, qui hujus rei fecerunt mentionem & inſuper probat l. qui tabulam 8. π. ad L. Jul. pecul. Inciſas in æs, ſublato decemviratu, aut à novis Coſſ. aut ab ædilibus refert Liv. lib. 7. ut & hic caſtigandus ſit Pomponius, qui ab ipſis Decemviris id factum ſcribit. Hactenus *Bachovius.*

2. Non eſt credibile, Pomponium ignoraſſe vulgatæ circumſtantias hiſtoriæ. Compendio ipſi viſum eſt orationis uti: Decemviri tabulas XII condiderunt. hæc eſt ſumma negotii. Petitæ fuerunt hæ leges, earum plurimæ duntaxat è præcipuis Græciæ civitatibus; Primo decem tabulæ fuere, mox XII. Caput negotii fuit opera decemviralis, ideo ſingularia & ipſis adſcribuntur; ne prolixa nimis hiſtoria fieret, quam aliunde petendam lectori commiſit Pomponius, aut ſi obreptum ſit ejus memoriæ, non ſit tamen operæ pretium, de talibus ingeminare *lapſus & errores*; Id in eo qui ſingularia non attigit, verum ſub uno rei ſummo capite tranſmittit, captatorium videtur. Idem de *eboreis* tabulis; pro quibus ſi cum Gothofredo legere malis, *roboreis*, modeſta erit emendatio & auctor eſt Dionyſius Halicarnaſſenſis, leges a Romulo eſſe propoſitas populo ἐν δρυΐναις σανίσι, in quernis ſive roboreis tabulis, antequam ex ære fuerint receptæ; quæ forte nec ipſo Decemvirali tempore adhuc in illum uſum adhibitæ ſint, etſi Livius ita. Quis in ejuſmodi circumſtantiis infinitam omnis hiſtoriæ, recentioris etiam; ne de vetuſtâ dicam, neſcit varietatem & lubricitatem, quam corrigi bonum eſt, exprobari incivile & parvi animi, Cujacius Pomponium putat ad morem ſui temporis reſpexiſſe, quo Sctâ in eboreas ſive elephantinas tabulas redigebantur *l. 52. d. Leg.* 3. ubi tamen ita non ſcriptum.

Ex §. 8.

Deinde cum eſſet in Civitate Lex XII. *tabularum & Jus Civile, eſſent & Legis actiones: evenit, ut plebs in diſcordiam cum Patribus perveniret & ſecederet ſibique jura conſtitueret, quæ Jura Plebiſcita vocantur. Mox cum revocata eſt plebs, quia multæ diſcordiæ naſcebantur de his plebis ſcitis, pro legibus placuit ea obſervari lege Hortenſiâ.*

1. Bachovius his verbis Cenſuram in hunc locum Pomponij expoſuit. *Multa hic vitia;* inquit, I. *ſeceſſio plebis prima, quâ obtinuit proprium Magiſtratum & Tribunos plebis, contigit anno* XVII *poſt exactos Reges: atqui Lex* XII *tabb. annis* LX. *poſt ſancita; & quomodo igitur, cum jam eſſent* XII *tabulæ, ſeceſſit plebs?* II. *Seceſſione illa in monte ſacro, nihil præter ſacratam Legem de Jure Tribunorum ſancitum eſt; & tamen ita loquitur Pomponius, quaſi plurima plebiſſcita in ſeceſſione plebs tulerit.* III. *Efficitur ex verbis textus, quaſi lex Horatia de his plebis ſcitis, quæ in ſeceſſione lata fuerunt, decreverit, ut pro legibus valerent; quod rurſus falſum eſt.* Et porro IV. *pariter falſum, quod* MOX *revocata plebe, iſta Lex Horatia fuerit ſancita; ſed id factum* 40 *amplius poſt annis & ab urbe Con-*

ditâ 305. poſt ſublatos Decemviros; Lex, inquam, Horatia; Nam illud aliud & quintum vitium eſt, quod mox revocatâ plebe, per legem Hortenſiam, vim legum plebiſcitis datam eſſe, hic ſcribitur: ſiquidem lex Hortenſia nimis quàm longo intervallo poſt lata eſt. Hactenus *Bachovius.*

1. Ad primam objectionem. Non ignoraſſe Pomponium quo tempore tribuni plebis ſint creati, idque fuiſſe diu ante XII tabulas, apparet ex §. 20. in quo ſcribit, tribunos pl. eſſe creatos & ſeceſſionem hac causâ eſſe factam anno fere ſeptimo decimo poſt Reges exactos, ut Bachovius poſtulat & notum eſt; poſt quæ, in §. 24. narrat, Decemviros auctores XII tabularum, eſſe creatos. Quare igitur heic aliter? mihi ſic videtur. Heic originem Juris refert & ordinem rerum magis quam temporis ſervat. Lex XII tabularum eſt fons omnis Juris; hujus primo loco recenſuit originem; Inde ſingulas ſpecies perſequitur, Reſponſa prudentium, quæ Jus Civile dicebantur & Legis actiones: His poſitis, ad plebiſcita tranſit, quaſi hæc ſequerentur non tempore, originis, inquam, id enim mox aliter explicat, ſed artificiali, ſpecierum ſubordinatione; tum etiam, quia plebiſcita deinceps uſum habuere præcipuum, etſi primum ortum pariter refert & cum uſu poſteriore conjungit, idque ad ſecundam objectionem tenendum; Uſus plebiſcitorum eſt poſterior; *Ea* tamen à tribunis orta ſunt, Ideo tribunorum originem ſimul collocat & cum plebiſcitis conjungit, compendio, etſi poſt ſequutis. Hinc evaneſcit objectio tertia, quæ & de Lege Horatia male, de quâ nihil Pomponius. Ad quartum; Captat particulam *mox*, inepte, quaſi in breviſſimo tot ſeculorum compendio, 40 anni non poſſent dici, *mox*. Imo etſi Hortenſia Lex ſerius lata ſit, ut eſt, ipſa tamen illud *mox* in tali orationis epitome non reſpueret. At vero illud *mox* non prædicatur de confirmatione plebiſcitorum, ſed de ſecutis diſcordiis. Inde quinta corruit objectio: nec enim Pomponius *Hortenſiam* pro Lege Horatiâ poſuit, ſed ultimam de plebiſcitis ſanctionem pro omnibus unam collocavit. Plane ſi hunc verſum conferas cum §. 24. non poſſe fieri videbis, ut tam crassè Pomponius erraverit, ac videri voluit Bachovius.

Ex §. IX.

Deinde, quia difficilè plebs convenire cœpit, populus certe multo difficilius in tanta turba hominum, neceſſitas ipſa Curam Reipubl. ad Senatum deduxit. Ita cœpit Senatus ſe interponere, & quicquid conſtituiſſet, obſervabatur, idque jus appellabatur Senatus Conſultum.

1. Hæc verba falſi redarguit Hiſtoria Romanæ Reipubl. & ſecundum eam Hotomannus, Bachovius aliique *paſſim*; ſiquidem ſatis conſtat, Senatum inde ab initio & ipſorum Regum tempore curam habuiſſe Reipubl. non tum demum ubi plebiſcita condi coeperunt, ſed vel maxime Senatus potentiam continuo poſt reges ejectos valuiſſe; Cæterum, potentiam Senatus plebejis coitionibus lapſu temporem fractam & arctatam è Livio & Dionyſio conſtat; tantum abeſt, ut difficultate conveniendi à parte plebis Senatus auxerit poteſtatem ſuam. Prætcrea

terea notum eſt, Senatum, in Republ. Romanâ nunquam habuiſſe poteſtatem condendi Leges, ſed auctoritatem duntaxat, cujus hæc erat maxima vis, ut nulla lex ad populum ferri poſſet, niſi probante Senatu, ut teſtis eſt Livius in *l.* 1. *c.* 17. Quotidiana Reipubl. adminiſtratio penes ſenatum quidem erat; ſed leges condendi poteſtas nunquam penes eum fuit, ante Tiberii Cæſaris tempus, à quo Comitia, id eſt, jus condendi leges & creandi magiſtratus è Campo in Curiam tranſlata ſunt, hoc eſt, à populo ad Senatum, ut Tacitus refert 1. *Ann. c.* 15. quemadmodum hæc pluribus à nobis demonſtrata ſunt in *lib.* 1. *Digreſſ. c.* 3. Quid ergo de Pomponio; ſi quid erraverit, magnis ſociis erravit. Nam & Cicero in *Top. à pr.* inter ſpecies Juris Senatus Conſulta commemorat, & Juſtinianus in §. 5. *Inſt. de Jur. Nat.* ita loquitur; *Nam cum auctus eſſet populus Romanus in eum modum, ut difficile eſſet, in unum eum convocari, Legis ſanciendæ causâ; æquum viſum eſt, Senatum vice populi conſuli.* Sed fieri poteſt, ut Juſtinianus hoc ſumpſerit è Pomponio, nec is hunc abſolvere poſſit. In univerſum quidem Senatus Conſultorum neceſſitatem non male petit Pomponius à confuſione regiminis popularis, quemadmodum hæc omnis ariſtocraticæ poteſtatis origo eſt; ſed hiſtoricè non eſt verum, id accidiſſe diu poſt urbem condiſam vel libertatem ſtabilitam vel quod populus difficultate conveniendi, jure condendi leges ceſſerit in gratiam ſenatus, ut indicare videntur ipſe & Juſtinianus. Quippe nihil eſt verius, quam ſenatus poteſtatem inde à Romuli initiis fundatam fuiſſe; mox autem à Regibus exactis longe majorem extitiſſe quam deinceps, neque deſiiſſe ad extrema uſque tempora leges & plebiſcita ferri atque perferri ad populum. Sed eſt etiam verum, Senatus Conſulta in quibuſdam rebus habuiſſe vim juris, quod ad minora Reipubl. negotia attineret, de quibus ad populum non ferebatur, & de quibus Ciceronem atque Pomponium intelligere poſſe videmur. Sed originem poteſtatis quâ ſenatus Reipubl. curam acceperit; magis ex ideâ politices, quæ docet, è confuſione popularium Imperiorum naſci optimatium Status neceſſitatem, quam ab exemplo Romanæ hiſtoriæ petiiſſe videtur.

2. Quod autem Pomponius in his verbis de plebis & populi congreſſu diſtinctè loquitur, quam hoc difficultatem habeat, nihilque in eo peccatum ſit, expoſitum eſt à nobis in parte 2. *Degreſſ. l.* 1. *c.* 10.

Ex §. XI.

Noviſſime, ſicut ad pauciores juris conſtituendi via tranſiſſe, ipſis rebus dictantibus, videbatur, ita per partes evenit, ut neceſſe eſſet Reipubl. per unum conſuli. Nam Senatus non perinde omnes Provincias probè gerere poterat.

1. Hæc omnes fere Interpretes ut adulatoria inſectantur. Noviſſimè Wiſſembachius noſter *Comment. ad Pandectas h. t. Diſſimulare non poſſum, Placentiæ habitaſſe Pomponium, non Veronæ, cum illam ſtatus populi Rom. Monarchici conſtituendi cauſam, in ſuo Enchiridio traderet. Adulatoris eſt illa vox, Cæſarum ambitioni colorem quærentis. Conſtat enim Rempubl. à Cæſare & mox à Triumviris & his Auguſto injuſtis armis, invitiſſimo Senatu, oppreſſam, & ſtatum priorem in Monarchiam mutatum fuiſſe.* At

Digitized by Google

Atqui non eſt τῶν ἀδυνάτων ſimul eſſe Placentinum & Veronenſem. Exemplum in Plinio Secundo, qui fuit ſanè veronenſis, ſed in ſcribendo Panegyrico ſe placentinum exhibuit, ſi quidem *non ſine adulatione* eum à ſe fatetur eſſe ſcriptum; nec tamen deſiit eſſe Veronenſis, utique ſtylo ſi minus natalibus. Pomponium egiſſe Placentinum in cauſâ Monarchiæ Imperatoriæ conſtituendâ, fateri licet, ut tamen Veronam, id eſt, veritatem non neglexerit. Non negat, Julium & Auguſtum Cæſares armis occupaſſe Rempubl. quod eſt veriſſimum; ſed non minus eſt verum, quod ipſe adſirmat, populum Romanum extremis Reipubl. temporibus eo redactum fuiſſe per factiones & confuſiones tribunitias, ut ſe pacemque nullo modo tueri poſſet, ac ideo cauſam haberet ita exiſtimandi, quod eſt *Plutarchi* dictum, bene ſecum actum iri, ſi in majus malum, quam unius dominatio eſſet, non incideret: Quod cum Hiſtoriæ fides enixè & abundè confirmet, nihil eſt, quod hac cauſâ Pomponio iraſcamur. Nam Placentinum agere non ſemper eſt reprehendendum, ſi fiat ſalvo Jure Veronenſi; niſi maledicere poteſtatibus, id demum ſit, eſſe Veronenſem. Forte ſi juſtam ſcriberet hiſtoriam Pomponius, non modo nil falſi ſcribere, ſed etiam veri nihil reticere debuiſſet. In hac ſummâ recenſione rerum, nihil quam prius requiſitum ab illo exigi potuit. Cæterum, quod *per partes* eveniſſe narrat Pomponius, ut neceſſe eſſet, Reipubl. per unum conſuli; nunquid *factiones* intelligit & civilium *partes* bellorum? Ita Goveanus 1. *var. Lect. c.* 24. Ad rem non male, ut demonſtravimus; ad literam melius, ut videtur, Cujacius, *per partes*, id eſt paulatim, à populo ad ſenatum, à Senatu ad Principem.

Eodem §. XI.

Igitur, conſtituto Principe, datum eſt ei jus, ut quod conſtituiſſet, ratam eſſet.

1. Connanus *lib.* 1. *Comment. Jur. c.* 16. §. 3. Non *tam*, ait, *populus Romanus conceſſit potentiam ſuam Principi, quam eâ ſe per vim ſpoliari magno ſuo dolore paſſus eſt:* quod hiſtoria loquatur & Pomponium qui *datum* jus adſirmat, adulationis convincat. Reſponſio eſt, factum dationis à Pomponio facile præſtari, ſi cogites illum reſpicere ad id tempus, quo Auguſtus profeſſus eſt in ſenatu, ſe velle ἀποθέσθαι μοναρχίαν ut Dion, Rempublicam reddere, ut Suetonius. Sed poteſtas ejus pergit Dion, magno conſenſu παρὰ τῆς γερουσίας τοῦ τε δήμου ἐβεβαιώσατο, *à Senatu Populoque confirmata eſt*; id agente Auguſto, ne quicquam habere videretur ἄνευ δόσεως τινὸς, *ſine aliquo actu dationis*, ut Dion *lib.* 53. quod factum heic memoratur, quàm volente invitove populo, non dixit Pomponius; ſed jus hoc eſſe *datum* ſatis liquet: Quin etiam neceſſitatem eò rem deduxiſſe Romanam ſatis conſtat & jam dictum eſt. Amplius hæc res agitabitur *ad l.* 1. *de Conſtit. Princ.*

Ex

Digitized by Google

Ex eadem L. 2. §. 14.

Quod ad MAGISTRATUS *attinet, initio Civitatis hujus conſtat, Reges omnem poteſtatem habuiſſe.*

1. Cenſura duplex; Reges Romani, nec alli *omnem poteſtatem*, τὸ κῦρος habentes, ſunt Magiſtratus, Latine quidem, ut aliàs à nobis demonſtratum eſt in *prælect. ad h. t.* Grotius, cujus auctoritatem, qui contra nos & hunc locum ſcripſit attingere non auſus eſt, addatur *de jure ſummarum poteſt. circa ſacra, cap.* 1. Vulgus, ait, *ſummum Magiſtratum vocat hunc de quo agimus*, Regem, *contra Latinæ vocis uſum; Nam Romanis, Magiſtratus minorum poteſtatum nomen eſt.* Cujacius ad hæc verba, *Reges &c.* ita commentatur: *Nec tamen ipſos recte dixeris fuiſſe Magiſtratus, Celſiores ſunt Magiſtratibus.* Βασιλεῖς *etiam Græcis nunquam dicuntur* ἄρχοντες: hactenus Cujacius. An igitur Pomponius, contra Latinæ vocis uſum cum vulgo, ut voluit ille, Reges inter Magiſtratus habet? Nihil minus; ſed acturus de Magiſtratibus; *quod ad tempus ſub Regibus attinet, non eſt*, ait, *quod prolixe de Magiſtratibus agam, quia Reges omnia illorum munia amplexi ſunt*; idem quod Tacitus de Principibus adfirmat Imperatoribus, 1. *Ann. apr.* quos nemo latine Magiſtratus appellavit unquam, etſi Βασιλεῖς Reges vere fuerint.

2. At videndum, quod eſt *ſecundum Cenſuræ* latus, ne falſum ſit, quod Pomponius ait, *Reges omnem poteſtatem habuiſſe*, quemadmodum de Principibus proditum eſt Imperatoribus, in illos *omnem* à populo Romano *tranſlatam fuiſſe poteſtatem*, jus arbitriumque omnium rerum, ut Suetonius *in Cajo.* Nam præter, quod non deſunt, qui Reges nuſquam gentium *omnem poteſtatem* habere, ſed populo ſemper inferiores eſſe ſtatuunt, Dionyſius in *libro* 2. *Antiquit.* excipit ab eorum poteſtate hæc tria, τὸ ἀρχαιρεσιάζειν καὶ νόμους ἐπικυροῦν, καὶ περὶ πολέμου διαγινώσκειν, *Jus eligendi Magiſtratus, ſanciendi Leges & decernendi bellum*, quæ tria magnam partem Summæ poteſtatis, quam Majeſtatem vocant, continentia, populo ſub Regibus adſcribuntur; Præter ea quæ Senatui dantur, qua parte comparat Romanum Lacedæmonio regnum. Οὐδὲ γὰρ οἱ Λακεδαιμονίων Βασιλεῖς αὐτοκράτορες ἦσαν, τι βούλοιντο πράττειν; ἀλλ' ἡ γερουσία πᾶν εἶχε τῶν κοινῶν τὸ κράτος. *Non enim Reges*, inquit, *Lacedæmonii liberam facultatem habuere faciendi quod vellent, verum Senatus omnem Reipubl. poteſtatem habebat.* Reſponſio ad hæc eſt prima: Romulum ipſum *jura* quæ vellet *dediſſe*, teſte Livio *lib.* 1. *c.* 8. ſic, ut modum adminiſtrandi aliquo modo ad ſimilitudinem Lacedæmoniorum deſcriberet: Sed jus omnium rerum fuiſſe penes Romulum ex ipſo Dionyſio patet, qui narrat, Romulum eo modo ipſum partes Reipubl. curandæ diſtribuiſſe, dependenter ab ipſo tamen omnino, ut erat imperioſus. Nam ipſius erat βουλὴν συνάγειν καὶ δῆμον συγκαλεῖν, *Senatum cogere, populum convocare.* Senatus autem nihil poterat, quam περὶ ὧν εἰσηγῆται βασιλεύς, de quibus Rex ad eum retuliſſet; populus autem jura iſta non aliter exercebat, quam ὅταν ὁ βασιλεὺς ἐφῇ; *quatenus Rex*

popu-

permitteret, à cujus voluntate omnia pendebant, adeoque *ut libitum imperaſſe Romulum* ſcribit Tacitus. 3. *Ann.* 26. Nec reliquorum jus Regum eſt diminutum, ante Servium Tullium ſanctorem legum, *quis etiam Reges obtemperarent*, ut idem Tacitus. Quod, ſi populus & Senatus illas imperii partes quas vidimus è Dionyſio, per ſe, ac independenter à Regibus habuiſſent, jam olim ipſoque à Romulo ejuſmodi Leges ſancitas eſſe oporteret. Apparet igitur, quo iſta cum Lacedæmoniis comparatio ſpectet, ad modum adminiſtrandi, non ad jus imperandi. Si cui minus hæc reſponſio placeat, in promptu habet dicere; Pomponium Regibus omnem adſcribere poteſtatem, *quod ad Magiſtratus attinet*, ut diſerte loquitur. Non agere illum de omni jure Summæ poteſtatis in Republicâ, ſed de juriſdictione & adminiſtratione quotidiana, quæ fit per Magiſtratus, quorum caput Arbiter & moderator fuerit Rex, ut nemo negabit.

Ex §. 24.

Initium fuiſſe ſeceſſionis dicitur quidam Virginius, qui cum animadvertiſſet, Appium Claudium, contra jus, quod ipſe ex vetere jure in XII. *tabulas tranſtulerat, vindicias filiæ ſuæ à ſe abdixiſſe, & ſecundum eum, qui in ſervitutem ab eo ſuppoſitus petierat, dixiſſe:* καὶ τὰ ἑξῆς; ſecundum ea quæ latius habet Livius in *lib.* 3. *c.* 45. *& ſeqq.*

1. Bachovii Cenſura: *Hac in re mihi videtur fortaſſe juris ignoratione eſſe Livius lapſus*, & mox; *Quo errore ſe quoque involvit Pomponius noſter, qui hoc ſolum videntur urgere & arguere pro abſurdo, quod Appius vindicias decreverit ſecundum ſervitutem. Quid enim, an ſemper in causâ & controverſia ſtatus oportebit judicare pro libertate? Id fuerit plane ridiculum, cum ſæpe etiam qui in ſervitutem adſerit, probationibus vincere poſſit; quo caſu omnino ſecundum ſervitutem dandæ ſunt vindiciæ, quod jure certiſſimum, & ipſiſſima evincit ratio.*

1. Etſi aliquando in eodem ſcrupulo, quem Bachovius movet, hæſerim, non putavi tamen Livii & Pomponii potius quam noſtram laborare ſcientiam. Nunc ita exiſtimo, nihil eſſe erratum; Livius & Pomponius non reprehendunt Appium in eo, quod contra jus à ſe latum, cauſa cognitâ, pro ſervitute contra libertatem judicaſſet: Illa enim planè abſurda fuiſſet reprehenſio. Sed quod, pendente judicio, puellam juſſerat eſſe in manibus & poſſeſſione petitoris; cum lege cautum eſſet, interea vindicias ſemper eſſe debere pro libertate, donec cauſa plene cognita judicium pro libertate vel pro ſervitute, ſicut res erat, exiret. Proinde vindicias apud Livium & Pomponium eſſe poſſeſſorias duntaxat, non petitorias, ut recentior amat loqui jurisprudentia, dicendum eſt. Cum Appii cliens ſubornatus Virginiam vindicaret in ſervitutem, advocati puellæ poſtularunt, ut Appius rem integram in Patris adventum differret; *lege ab ipſo latâ, vindicias daret ſecundum libertatem*, ut Livius ſcribit. *d. c.* 45. Non poterant ita poſtulare nec ita lege cautum eſſe poterat, ut neceſſario pro libertate judicaretur, ſi forte verè ancilla eſſe probaretur: ſed ut interim, pendente judicio, maneret in poſſeſ-

poſſeſſione libertatis. Id ipſi puellæ advocati ſignificant his verbis apud Livium, *neu pateretur virginem adultam famæ prius quam libertatis periculum adire.* Quæ verba non ad eventum judicii peremptorium, ſed ad interlocutionem pertinent, ne ante ſententiam puellæ præjudicaretur. Idem ex Appii decreto liquet, *placere, Patrem accerſiri: Interea juris ſui jacturam adſertorem non facere, quin ducat puellam ſiſtendamque in adventum ejus, qui pater dicatur, promittat.* Executione decreti de vindiciis ſecundum ſervitutem poſſeſſoriis & interlocutoriis, ad inſtantiam Numitoris & Icilii puellæ avunculi & ſponſi in diem ſequentem dilata, poſtridie, mane, cum petitor queſtus eſſet, quod jus ſibi pridie per ambitionem dictum non eſſet, Appius ſubito interfatus, vindicias ſecundum ſervitutem decrevit; tales nempe vindicias, quales pridie petitæ quæ que dilatæ fuerant, *poſſeſſoriæ*, quas deinde plenior cauſæ cognitio & ſententia definitiva de jure pleno ſequeretur. Erravit igitur ipſe Bachovius, quod Appium non modo de poſſeſſione puellæ, *ſive de proviſione*, quam pragmatici dicunt; verum etiam de petitorio, id eſt, de pleno jure ſervitutis aut libertatis pronuntiaſſe putavit. Res aliter ſe habet; Appio pro libidine ſtuprandæ virginis ſufficiebat, addictio vindiciarum & poſſeſſio puellæ temporaria. Sic nihil à Livio, nihil à Pomponio, quod quidem ſatis enorme fuiſſet in tanto JCto, peccatum eſſe videtur.

2. Quæ præterea ad hoc caput *De origine Iuris* notari ſolent hujus inſtituti, tam minuta ac incerta ſunt, ut ea ſilentio præterire ſatius videatur. Ergo ad alia tranſeamus.

Papinianus *lib.* 1. *Definition.*

Lex eſt, Commune præceptum, Virorum prudentium conſultum, delictorum quæ ſponte vel ignorantia contrahuntur, coërcitio; communis Reipubl. Sponſio L. 1. de Legib.

1. Quid hoc definitionis eſt, quam in libro definitionum collocavit Papinianus? coacervatio generum, nihil differentiæ loco; deſumpta quidem ex Demoſthene, ut ex *l.* 2. apparet; ſed truncata, malè verſa, præter quod oratoria potius quam dialectica. Quod Demoſthenes dixerat, *τῶν ἑκουσίων καὶ ἀκουσίων ἁμαρτημάτων*, male vertit Papinianus; *quæ ſponte vel ignorantiâ contrahuntur*, cum è Græco ſit, *ſponte vel ab invitis*, quod Muretus & Bachovius notant. Quod additum erat ab oratore Græco, *καθ' ὃν ἅπασι προσήκει ζῆν τοῖς ἐν τῇ πόλει*, *ſecundum quam omnes in civitate vivere oportet*; quæ ad rem maxime pertinerent, omiſit JurisCtus.

2. Quod ad primam attinet objectionem, verum eſt, JCtos veteres dialecticam in definiendo anxietatem non ſemper habuiſſe curæ, poteſt etiam non tam pro definitione, quam ut Bachovius ait, pro Legis commendatione à veris prædicatis accipi. Et tamen nec erit abs re, ſi quis hoc modo acceptam dixerit eſſe bonam definitionem, *Commune Præceptum ſummæ poteſtatis ad delictorum coërcitionem & omnium de quibus cives inter ſe agunt moderationem prudenti conſilio publicatum.* Præceptum commune, eſt publicum ab eo qui habet *τὸ κύριον*, id eſt, Supremam poteſtatem. Verba *ſponte vel ignorantiâ* poſſunt abeſſe. Communis Reipubl.

Digitized by Google

Publ. *Sponſio* notat omnia de quibus ejuſdem civitatis homines inter ſe agant & contrahunt.

3. Verſio ſi quid ego judico, male Papiniano objicitur. Cum enim τὸ ἀκούσιον invitum ſit duplex, per vim & per ignorantiam, ut Ariſtoteles docet 3. *ad Nicom. àpr.* quod verè per vim fit, huc nullo modo pertinet, cum ſit illud, οὗ ἡ ἀρχὴ ἔξωθεν, *cujus principium foris venit*, ut cum alius validior meam manum arripiens alium ferit: Non poterat igitur aliud ἀκούσιον, quam *per ignorantiam* heic uſu venire. Tu dices, ergone lex punit ignorantiam? Ita, ſi culpa cauſam ignorantiæ dederit, ut in his quæ per ebrietatem fiunt; vel ignorantia dolo implicita ſit, veluti cum quis alium pro alio occidit, aliud pro alio furatur, ſi quis lapidem furari volens, terminum agri abſtulerit *l. 2. d. term. mot. l. 21. §. 2. de furt.*

4. Denique, truncatio quæ Papiniano objicitur, parvi nulliuſve momenti eſt; Nam præcepti vox & Sponſio Reipubl. civium obligationem ſatis indicabant. Quid autem rei ſit illa Sponſio & quem illa vox uſum præbeat in jure publico privatoque, diximus *in prælect. ad h. t.* Addendum hic aliquid, ut res maximi in jure publico privatoque momenti recte intelligatur, quando & Puffendorffius in admittenda hac ratione difficilior, omnem obligandi facultatem à Superiori poteſtate repetit *lib. 1. de Iur. Nat. c. 6.* quod equidem de vi creativâ verum eſt; de obligatione verâ, quæ eſt animorum, nequaquam. Non putamus equidem, obligandi jus ſolummodo eſſe è Conſenſu; *etiam* inde eſſe, duntaxat urgemus, ut jam ad *l. 1. §. ult. d. Inſt.* & plenius *in lib. 1. de Iur. Civ. c. 1. n. 2. & ſequ.* probavimus. Cum Iuris peritis & oratoribus in hac poſitione quod Legis obligatio ſit etiam è civium conſenſu, conſentire Philoſophos cum hæc ipſa *Lex* 1. tum Ariſtoteles indicat, hac ſua definitione Legis: Νόμος, ait, eſt λόγος ὡρισμένος καθ' ὁμολογίαν κοινὴν πόλεως πῶς δεῖ πράττειν ἕκαστα, *oratio definita ſecundum communem civitatis conſenſum, quo pacto ſingula ſint agenda præcipiens.* Fundamentum ejus rei primum eſt in Imperio populari, quale fuit Athenis ac Romæ; ubi leges identidem per ſuffragia civium mutuaſque interrogationes & reſponſiones ſanciebantur. Secunda inductio eſt; Quando populus uni vel paucis, tribuebat poteſtatem ferendi leges, quas ipſi publico expedire judicarent, præcedente mutua ſponſione civium, ſe leges illas obſervaturos, cujuſmodi poteſtatem Athenienſes in Solonem, Romani in Decemviros legum ferendarum cauſâ contulerunt. Huic ſimilis eſt tertia in omnibus Imperiis voluntariis; quando cives mutuo compromiſſo invicem obligantur, ad ſervandas leges à Rectoribus ſuis conditas, condendas; cui obligationi omnes Civitati voluntate ſua aggregati tacitè quidem, attamen evidente conſenſu accedunt.

Julianus *lib. 55. Dig. & Neratius lib. 6. Membran.*

Non omnium quæ à majoribus conſtituta ſunt, ratio reddi poteſt. Et ideo rationes eorum, quæ conſtituuntur, inquiri non oportet; alioqui multa ex his quæ certa ſunt, ſubvertuntur. l. 20. & l. 21. de Legibus.

1. Quid hoc? rationes Legum inquiri non oportet; Nonne ratio eſt anima Legis,

Digitized by Google

Legis, & an ulla datur Ars vel ſcientia, cujus ratio non ſit principium? Quis ferat hujuſmodi inſtitutionem, quæ ratione carere poteſt? tales undique voces audimus abominantium Juris ſtudium, ſiquidem hoc modo creatum ſit. Enimvero ſimplex harum poſitionum connexio & expoſitio abſolvet Eunomiam & tollet omnem ſcrupulum. Cum leges poſitivæ ſint de rebus non modo neceſſariis aut ſemper æquè utilibus, verum ſæpè temporario rerum hominumque ſtatui ſerviant, quis longo poſt tempore ſciat exactè rationes omnium quæ olim placuerunt? Lex tamen ſi clara & certa ſit, an cives ideo ſine publico ſuffragio reſpuent legem, quia ratio illis non probatur? Namque ita, nec aliter, prohibitio in rationem inquirendi capienda; ſcilicet, ne ſit faciendum, quo tantiſper lex more *dubitantium* philoſophorum ſeponatur: non vetat diligentiam in rationes inquirendi Legiſlator, ſed proterviam à ratione ſuſpendendi legis obſequium, ubi de ratione non conſtet. Hæc è ſubjectis patet verbis; *quia tum pleraque jam certa ſubverterentur:* ut fieret dubitandi methodo, quæ deſineret in viſionem proprii cujuſque judicii.

2. Cæterum, an Ratio ſit principium Jurisprudentiæ, diſputatum eſt aliàs; cum ad probandum, Rationem eſſe principium auctoritatis ſacræ Scripturæ; domeſtici argumentum exempli nobis opponeretur. Sed quætum demonſtravimus, reſponſione partis adverſæ ſæpe promiſſa, ſemper exprobratâ, nunquam præſtitâ, repetere jam nihil attinet. In *Prælectionibus* hæc res obiter acta eſt, hac ſummâ, perceptionem voluntatis populi aut alterius nomothetæ eſſe Jurisprudentiæ principium; unde Ratio ad uſum & ſimilia argumentatur: Nihilo ſecus quam de Scripturâ ſacra orthodoxi loquuntur, ut Ratiocinatio inſtrumenti non principii nomen & uſum habeat.

3. Quid igitur, quod Ratio eſt anima legis? philoſophiæ non Jurisprudentiæ eſt hæc ſententia; commendatur Legiſlatori ac Interpreti, quod ad uſum, non principium adtinet. Eſt utique lex & manet talis, etſi erret ejus ratio. Nec tamen ea res prohibet, quominus nulla ſcientia Ratione ſit ante Jurisprudentiam; imo quominus nulla ſe tam facile in reddendis rationibus expediat. Philoſophi cum ſuis occultis qualitatibus, aut ſurrogata illis diſpoſitione inſcrutabili particularum, infinito crebrius hærent, ut & Medici; ne de Theologis dicam, in rationibus τῶν φανερῶν promendis. Ars legum è ſenſu communi deprompta rariſſime ad hoc aſylum refugit, nec ſcio, an non præmunimenti potius quam uſus ſit iſta lex & regula *Legis, Non omnium.*

4. Duntaxat, ſi quid in Lege bonis moribus aut divinis præceptis adverſum reperiatur, id non obligat cives, niſi ad paſſivam, quæ dicitur, obedientiam. Alioqui Leges, ut præcepta ſummæ poteſtatis, etſi de ratione non conſtet, aut ea minus probabilis ſit, obligant omnimodo, οὐ μόνον διὰ τὴν ὀργὴν, *propter iram* & metum pœnæ; ἀλλὰ καὶ διὰ τὴν συνείδησιν, *ſed etiam propter conſcientiam*, ut Apoſtolus monet. Etſi rurſus verum eſt, non obligari poſſe conſcientiam divinæ voluntatis, quæ eſt hæc, ut præceptis Summarum poteſtatum omnis anima pareat, etiam quatenus & quia præcepta ſunt. Ameſ. 5. *de Conſc. c. 25. n. 4.*

Paulus *lib.* 4. *ad Plaut.*

Minime ſunt mutanda, quæ interpretationem certam ſemper habuerunt l. 23 *d. Legib.*

1. Tetrica Lex, & quæ hujus ſeculi ingenia mirificè à Juris ſtudio abſterreat: Ideo ſcilicet, rationes eorum quæ conſtituta ſunt inquiri vetant Juris Auctores *l. præced.* ut ſemper habeant ſervum pecus adſententium & cocco addictorum obſequio ſtudioſorum, cum ἐχεμυθίᾳ non quinquennali, ut apud Pythagoram, ſed nunquam deſiturâ. Quid humano convenientius ingenio quam Varietas? Alitur hæc & excitatur quam maximè Novitatis ſtudio; modo ſervetur hoc temperamentum, quod *Lex* 2. *d. Conſt. Princ.* inculcat; *In rebus novis conſtituendis evidens utilitas eſſe debet.* Bene eſt; maneamus in hoc temperamamento, nec alia mens Paulo. Non eſſe alienos à reformatione Juriſconſultos in melius novum, docet univerſi Juris & ipſius Juſtiniani Cæſaris exemplum; Inde enim à primo Legis XII tabularum initio ad ultima uſque tempora, non ceſſatum eſt à novis legibus & veterum derogationibus. Sed hic locus ad Interpretes magis quam Legum conditores pertinet, & ſane fecit vel hujus præcepti religio, vel Artis proprietas, ut minus obnoxia fuerit Iurisprudentia novaturientibus. Nominatim illis, qui nuper à dubitandi principio cuncta innovare inſtituerunt, etiam illa potiſſimum, quæ ſemper interpretationes certas habuerunt; Cum nullam eruditionis Facultatem illa methodus intactam reliquerit, in Iuris doctrinam quicunque illam introducere conati ſunt, ſemetipſos magis deridendos, quam admirandos præbuerunt. Etiam vero ad Interpretes Iuris, qui tot leges auctoritate ſemper Eunomicâ venerabiles, ut falſas & ſubornatas eliminarunt, quos inter facile primas tenet Antonius Faber, hoc monitum pertinet. Sane evidentem oportere eſſe rationem, quæ nos ad ejuſmodi compellat mutationes, contra certitudinem interpretationis perpetuam, nemo dubitet. Ejuſque rei examen, ad hoc inſtitutum pertinet.

Ulpianus Lib. XII. ad *L. Juliam & Papiam.*

PRINCEPS LEGIBUS SOLUTUS EST. l. 31. *de Legibus.*

1. Anton. Matthæus *Diſput. ad Pandect.* 2. *th.* 2. *Videtur id multis modis abſurdum eſſe, juri, æquitati, rationi, honeſtati, bono tum publico, tum privato contrarium,* quæ tamen verba ſunt occupantis diſſenſiones potius quam decidentis. Abſurditatis illa ſpecies facit, ut non modo Gothofredus hæc verba enervaverit ex *l.* 23. *d. Legat.* 3. Principem *videri*, non *eſſe* Legibus ſolutum adfirmans, ſed etiam ſummus Vir Cujacius *lib.* 15. *obſ. c.* 30. inſcriptionis argumento hæc verba de Legibus Iulia & Papia duntaxat, intelligenda putaverit. Donellus. 1. *comment. c.* 17. ad ſolennia Legum hanc infinitam poſitionem reſtringit. Idem Coraſius 2. *miſcell. ult.* magni Viri omnes & gravi, ut videtur, præjudicio pro illorum ſenten-

ten-

tentiâ, qui Principes & Rectores populorum, ſemper his inferiores eorumque mandatarios eſſe volunt. Non libet heic agere prolixe de re toties ventilata; Cardo quæſtionis in hoc vertitur, utrum populus in Principem tranſtulerit jus ſuum in actu primo, an exercitium ſui juris ei mandaverit. Hac de re, ex ſententiâ Juris Romani non poteſt dubitari, tam clarâ poſitione, quam eſt in *l. 1. tit. ſequ.* de quâ mox agendum.

2. De Cujacio miror ita differente; *Quinimo ut populus ipſe ſuis legibus tenebatur, ita Princeps, cui & in quem populus omne ſuum imperium contulerat.* Quid hoc, an populus univerſus ſuis legibus tenebatur? Singuli ſane tenebantur, univerſum populum in Comitiis coactum quis Legibus teneret, quas antiquare, quibus ſolvere quos vellet, poterat. Univerſus autem hic ſolummodo intelligi poteſt, quia cum Principe comparatur, in quem jus Populi non aliter quem univerſi tranſlatum eſt. Addit Cujacius; *Adeo ut poteſtas Principis & in ipſum Principem eſſet. l. 4. C. de LL.* Non ſi cui lectionem multam, acumen & perſpicaciam in jure privato & ſenſibus locorum ambiguis eruendis, eidem quoque præcipuum in collectionibus rerum civilibus & juris publici judicium tribuimus; quod à me dictum, qui ita accepit, quaſi in magni viri injuriam prolatum, ſi putat eſſe qui nunquam errare queant, male ſpecimen ejus opinionis in errore manifeſto elegit. Quid enim hoc par rationum; populus omne ſuum jus Principi dedit, Ergo hic Legibus tenetur, quia & ille iiſdem tenetur? Cui non palam eſt, ſic potius rationem eſſe ineundam; Populus omne ſuum jus Principi dedit, ille vero Legibus à ſe latis non tenebatur, Ergo nec Princeps? Alterum vero quis ferre poteſt; Princeps habet & accepit poteſtatem in ſe ipſum; quis unquam poteſtatem in ſe ipſum habet, quis ſe unquam ipſe cogit, aut cogere poteſt? *l. pen. d. Recept. qui arbitr.* Non ſunt equidem Principum actus quidam privati à publicis diſtincti in quibus obligatur ex conſenſu, quia videtur id egiſſe, ut membrum non ut caput civitatis; ſed obligatio illa non poteſt habere vim coactivam quia nemo in civitate eſt, à quo cogi poſſit, Legis autem virtus de qua hic agitur, eſt, imperare, vetare, permittere, punire *l. 7. h. t.* quæ à principe in ſe ipſum exercita, non habent intellectum. Sed quomodo Cujacius Principem ſe ipſum legibus obligare, interpretetur, patet ex Lege, quam citat 4. *C. de Legibus*, quæ laudat obſervantiam Principis voluntariam Legum, de obligatione nihil. Egimus hac de re plenius in *lib. 1. de jur. Civit. ſect. 3. c. 1. ſub. fin.*

3. Adhuc intonat ratiocinando Cujacius. *Quod Dio Chryſoſtomus*, ait, Principem eſſe τῶν νόμων ἐπάνω, *ſupra Leges*; & idem fere Juſtinianus in *Nov. 105. eo tantum pertinet, ut intelligatur, penes Principem eſſe omnem poteſtatem ferendarum vel abrogandarum aut derogandarum Legum*, ut Auguſtinus in *epiſt. quadam*, ait. Ergone qui creat, qui mutat, qui tollit leges, ubi placuerit, hunc aliquis ſubjectum Legibus dicet, nec ſibi contradicet? Qui ſubjectus eſt, eum habere oportet ſuperiorem. Quis ille ſuperior populo univerſo in civitate liberâ? Nunquid Lex? ſuperiorem oportet eſſe perſonam; qualis Lex non eſt: Perſona eſt nulla, ſuperior omni populo: Princeps habet jus omne populi, ut fatetur Cujacius; Nihilo magis igitur habet ſuperiorem: Proinde nec ulli ſubjectus eſt, perſonæ; Rei vero inanimatæ ſubjectus eſſe poteſt nemo.

4. Quod

4. Quod igitur Cujacius hæc Legis noſtræ verba refert ad Leges Caducarias, argumento inſcriptionis, quia locus hic eſt excerptus ex Ulpiani libris *ad L. Juliam & Papiam*, leviſſima conjectura eſt; nec enim ait Ulpianus, Princeps *his* Legibus eſt ſolutus; verum ſi maxime tantum de Caducariis legibus in opere unde excerptus eſt hic locus, egerit, patet ſpecialem probationem petitam è loco generis, quo nihil uſitatius. Pergit Cujacius: Quod Dio Caſſius *lib.* 53. ſcribit de Principibus, λέλυνται τῶν νόμων, *ſoluti ſunt legibus*, quod ex Latino transferre ſe dicit, *non de omnibus accipiendum eſt.* Imo de omnibus; ſic enim *eodem libro* Dion, ἐλεύθεροι ἀπὸ πάσης ἀναγκαίας νομίσεως, *Liberi ſunt* principes, ab omni Lege neceſſariâ. Quænam eſt neceſſaria? Omnis quæ habet vim obligandi, δύναμιν ἀναγκαστικήν. Talis autem eſt quælibet Lex, cui vere Legis nomen tribui poſſit; Legis enim virtus eſt, Imperare, vetare, permittere, punire *l.* 7. *h. t.* Dion iterum, οὐδενὶ γεγραμμένῳ ἐνέχονται, *nullâ Lege ſcriptâ tenentur.*

5. Ex his etiam Donelli ſententia de ſolennibus Legum, quibus principes ſoluti ſunt, item ea quæ Martinus Senoockius in *tract. de Leg. Regiâ*, ex mente Cujacii & Donelli protulit, evertuntur. Quod autem Goiofredus captat ex *L.* 23. *d. Legat.* 3. ubi ſcriptum eſt, *Principem Legibus ſolutum videri*, ſatis frigidum videbitur illis, qui ſtylo veterum maximè Juriſctorum paululum ſucti ſunt. Quis enim neſcit, prudentes veterum, hoc more, cum res maximè adfirmant, uti ſolere; dum ajunt, hæc conſtitutio locum habere *videtur* in *l.* 31. *d. Jure jur. & paſſim.* Quod magis eſt, Judices & arbitri in ferenda ſententia hac voce utuntur, *ſi arbiter ita pronuntiaſſet, nihil videri Titium debere Sejo l.* 21. §. 1. *d. Recept. qui arbitr.* Judices, *ſi cognoverint, pronuntiare debent, ſervum illius non videri l.* 27. §. 1. *d. liber. cauſ.* Hinc illud frequens judicum, in quæſtione cædis; *Iure cæſum videri.* Tac. 14. *Annal. c.* 43. Denique à Teſtibus, à quibus adfirmatio imprimis exigitur peremptoria, non niſi per *videtur*, *arbitror* & ſimilia reſpondebatur. Nec dubitat Cicero in teſte reprehendere, quod illud *verbum conſideratiſſimum Romanæ conſuetudinis* ARBITROR omiſiſſet, *quo nos* etiam, pergit Cicero, *tunc utimur, cum ea dicimus jurati, quæ comperta habemus, quæ ipſi vidimus.* Orat. *pro M. Font.*

6. Sed jam qualibus principem Legibus ſolutum eſſe dicemus, & qualem principem? de *quibus*, primo; Civilibus ſine dubio non tenetur, quoniam has ipſe vel populus Romanus, qui in illum tranſtulit omne jus ſuum, tulit; caſque tollere & abrogare poteſt. Sed etiam Naturalibus, Gentium & Divinis? Diſtinctè, res captioſa eſt. Obligatione Legum, quas ipſe vel populus, à quo habet jus, non tulit, quas nec tollere poteſt, ſolutus eſſe nequit: Sed vi Legum executiva & cogente nullarum tenetur, quia non habet, à quo cogi poſſit; ſiquidem cogere ſuperioris eſt vel paris duntaxat, quem non habuit Princeps, in quem populus omne ſuum jus tranſtulit. Qualem oporteat eſſe Principem comparari debet è conditione Principis Romani, in quem populus omne jus ſuum tranſtulit, inquam. Omnes igitur, qui ſimpliciter conſtituti ſunt, ut noſtrâ memoriâ factum eſt de Rege Daniæ, Legibus ita, ut dictum eſt, ſoluti ſunt. Quibus vero imperium non integrum vel non ſolis delatum eſt, hi legibus tenentur, quibus eorum poteſtas limitatur; quod tantum fit ejuſmodi Legibus, quæ diſerte & directè de ſtatu Reipubl.

Digitized by Google

publ. conceptæ ſunt, quas vulgò *fundamentales* vocant; ne quis omnes Leges civiles Imperantium poteſtati derogare, adeoque ſtatuta cujuſque gentis propria deque rebus civium regundis & judicandis publicatas leges, ut fit, appellare velit fundamentales. Sed hac de re latius in *lib. 1. de Jure Civitat.* egimus & denuo, ſi Deus volet, acturi ſumus.

7. Cujacius addit de jurejurando, quod Principes in Leges præſtare ſolent; hoc eos multo arctius obſtringere cenſet. Adverſus Deum, rectè; ſed hominum reſpectu jusjurandum nihil mutat. Nam vel datum eſt in Leges Imperii fundamentales, vel in alias publici privatique juris conſtitutiones. Prioribus tenetur omnimodo etiam vi coactiva Princeps, idque ſine jurejurando non minus quam juratus, quia per has leges excepta ſunt, in quibus non haberet jus ſummæ poteſtatis; ideoque hactenus eſſe videtur & eſt revera privatus. Si jusjurandum aliis legibus acceſſerit, tenetur quidem Princeps, ut tamen æquè teneretur è ſimplici promiſſione; niſi quod jam perjurii crimen erga Deum accedit. Quia tamen promiſſio circa res, quæ non ſpectant ipſum jus Summæ Poteſtatis, non facit ut deſierit eſſe omnibus ſuperior, apparet, vim coactivam ſuper illis Legibus non ſequi ex jurejurando; nihilo magis ad præcepta Juris Naturæ, Gentium, atque divina, quam diu perfectè tyrannidem non commiſit, qua de re ſimiliter in *d. Libro I. de Jure Civitatis* agendi locus fuit ac erit.

Ulpianus lib. xvi. ad Edictum.

Non ambigitur Senatum jus facere poſſe, l. 9. h. t.

1. Cenſura duplex. Prima; Non deeſſe ambigendi cauſas jam *ad tit. de Orig. Jur.* demonſtravimus. Imo tempore libertatis non eſſe ambigendum, quin Senatus jus facere non potuerit, approbatum eſt in *lib. 1. Digreſſ. c. 3.* Sub Principatu cur multo minus id facere potuerit, proxime poſitio præcedens indicat. Nam ſi Princeps omne jus populi ſummamque poteſtatem habuerit, neque Senatui nec ulli in Republ. ordini jus condendi Leges adſcribi poteſt; quæ cauſa fuit ut hunc locum anteriori loco poſitum in Corpore Juris, heic tamen ſequi voluerimus. Reſponſio ad hanc objectionem occupata eſt ad *tit. præced.* Tiberius eumque ſequuti Cæſares non continuarunt inſtitutum Auguſti, leges adhuc aliquando ad Populum ferendi, ſed commodius inſtrumentum dominationis ſuæ crediderunt eſſe Senatum, per quem deinceps ea quæ vellent, frequenter publicari curarunt. Ita quæ ipſorum eſſent decreta & Imperia, tamen Senatus Conſulta vocabantur. Mittebant epiſtolas aut orationes ſuas ad Senatum, vel ipſi illas recitabant, in quibus ediſſerebant quid conſtitui vellent; Idque Senatus Conſulto comprehenſum publici Juris fiebat. Hujus moris ſpecimina ſunt *in l. 20. §. 6. d. Hered. pet. l. 6. d. Rit. Nupt.* Sic igitur ex voluntate principum SenatusConſulta valuerunt. Unde promiſcue aliquando, tam SenatusCta quam Orationes Principum dicebantur, quemadmodum fit in *l. ult. ω.*

F *ad*

Digitized by Google

ad SC. Tertull. Suetonius in *Claudio* ſignatè. *Milites domos Senatorias ſalutandi causâ ingredi, etiam Patrum decreto prohibuit. cap.* 25.

2. Cenſura II. De Senatus Conſultis hæc ſcripſit Ulpianus, Præfectus Prætorio Alexandri, qui fuit quartus in ordine Princeps à Septimio: *Atqui à Severi tempore Senatus Conſulta non amplius videri Legis vim obtinuiſſe, certe nulla amplius de privato jure facta reperiri*, ſcribit Jacobus Perizonius, in *tract. de Prætor.* Ulpianum arguens erroris ita ſatis. Nam in libris ad Edictum de jure privato egit, quemadmodum juris publici diſciplina Pandectis non continetur; Adeo ut hæc Ulpiani dicta nonniſi ad jus privatum referri poſſint, quo ſane etiam pertinet Senatus Conſultum Severi tempore factum in *l.* 1. *ff. de Reb. eor. qui ſub tut. vel cur.* quo cautum de rebus minorum ſine decreto non alienandis. Idem aliud ipſius filii tempore Caracallæ *l.* 32. *D. de Donation. int. Vir. & Ux.* Quæ tamen æquè legum vim obtinuiſſe, quam quæ dudum facta fuerant, ex ipſis Legibus earumqe expoſitione conſtat. Ulpianus igitur ipſe reſponſionis idoneus auctor eſt ad cenſuram ſuæ narrationis; Senatum jus facere poſſe, dubium non eſt, auctoritate Principis. Hac de re latius egimus in *vindiciis, libro ſingulari de Prætorio.*

Modeſtinus lib. 1. Regular.

Ergo omne jus aut conſenſus fecit, aut neceſſitas conſtituit, aut firmavit conſuetudo l. 40. *h. t.*

1. Bachovius. *Inſubtilis diſtinctio Iuris*; quam cenſuram pluribus demonſtrat, ad τὰ πρῶτα *hoc loco.* Plane, ſi Modeſtinus reſpexerit ad Rubricam trimembrem, *de Legibus Senatuſque Conſultis & longa Conſuetudine*, quod ille ſupponit; verum quidem eſt, Legem, quæ eſt Sponſio civitatis *l.* 1. *h. t.* feciſſe conſenſum. Sed neceſſitas, quam SCtis originem dediſſe narrat Pomponius in *l.* 2. §. 9. *d. Orig. Iur.* nimis longe petita ac incerta neque plane vera eſt, ut ideo neceſſitas Jura Senatus Conſultorum produxiſſe dicatur. Plura quæ Bachovius urget, non perſequar; quia mihi commodius dictu videtur, Modeſtinum non ſpectaſſe ad Rubricam *hujus tit.* nunquam ſibi viſam; ſed ad materiam Juris Civilis, quod vel ex *neceſſitate* rationis aut publicæ ſalutis, vel ex arbitraria utilitate, *conſenſu* ſive conventione populi expreſſo; vel tacita ejuſdem voluntate per uſum ſive *conſuetudinem* introductum eſt. Hæc ita in omni Jure Civili & omnium ſcitis Gentium elucent. Sic Friſiæ Statuta noſtræ, fecit aut *neceſſitas*, ut caput de Nuptiis, de Criminum pœnis aliaque; vel *Conſenſus*, ut ſunt placita ſive Edicta Ordinum, quæ aliter ſe habere poſſent; vel *Conſuetudo*, quemadmodum illæ ſpecies inſcriptionibus Sanctionum indicantur & diſtinguuntur. Idem ab omnibus Legum conditoribus inſtitui ſatis eſt notum & uſus luculenti.

Ulpia-

Digitized by Google

Ulpianus Lib. I. Inſtitut.

Quod Principi placuit, Legis habet vigorem; Ut pote, cum Lege Regia, quæ de ejus imperio lata eſt, populus ei & in eum omne ſuum imperium & poteſtatem conferat. l. 1. in pr. d. Conſt. Princ.

1. Ratio poſitionis hujus *falſi* à multis arguitur, qua de re *prolixe & ex profeſſo egimus in lib. 1. Digreſſ. à cap. 16. ad finem*, quò benevolum lectorem remittimus. Summa objectio eſt, nunquam eſſe latam Legem Regiam, qua de re librum ſcripſit integrum *Martinus Schoockius*, cujus rationes refellere conati ſumus ordine juſto. Volunt illi, quod de Lege Regia in hoc textu habetur, id eſſe falsò adſcriptum Ulpiano à Compilatoribus Juris, adeoque eſſe ἐμβλημα Triboniani; etſi non ita putaverit Wiſſenbachius noſter, auctor emblematum locuples, qui hunc locum non retulit inter emblemata compilatorum, & rectè: Nam quicquid heic Ulpianus adſerit, ante vidimus adſertum à Pomponio in *l. 2. §. 11. d. O. J.* item à Tacito, à Suetonio aliiſque citatis in *d. l. Digreſſ.* & in *Prælect. ad h. t.* excepto tamen nomine Legis *Regiæ*, quod eſſe poſterioris originis arbitramur.

2. Præcipua difficultas eſt in facto rogationis, quam Vir ſummus Johan. Frideric. Gronovius *in oratione de Lege Regiâ* non minus quam cæteri, dum Legem ipſam adfirmare videtur, præterit ac negat; etſi abſque rogatione Lex ſit apud Veteres Romanos τῶν μὴ ὄντων *nihil & non ens.* Non poſſunt in animum inducere Viri docti, rogationem eſſe factam, de quâ nihil uſquam ſcriptum reperitur. Enimvero nomen ejus qui Legem rogaverit, non memorari certum eſt; de facto rogationis dubitare non poteſt, qui à Senatu populoque Romano nihil potuiſſe dari cuiquam, niſi per Senatus Conſultum & legem, cogitet. Atqui dationem & conceſſionem Dion claris & ſignatis verbis exprimit in *libro* 53. ubi de Auguſto id eum egiſſe, ne quicquam haberet ἄνευ δόσεως τινὸς *abſque datione publicâ.* Item ejus poteſtas, quam vocat ἀνυπεύθυνον ἀρχὴν, *imperium nulli ſubjectum, à Senatu*, ait, *Populoque* ἐβεβαιώσατο, *confirmata eſt.* De Claudio in *lib. 60. Summum Imperium* αὐτοκράτορα ἀρχὴν, αὐτῷ ἐψηφίσαντο, *per ſuffragia dederunt.* Reſpexiſſe Dionem ad legem certam, pridem animadverſum eſt è verbis Dionis *d. lib. 53.* λέλυνται τῶν νόμων, ὡς αὐτὰ τὰ λατινικὰ ῥήματα λέγει: *Soluti ſunt Legibus, ut ipſa Latina verba ſonant*, Legis videlicet eâ de re tum exiſtentis. Lata Lex eſt, cum Auguſtus præ ſe ferret deſiderium reddendi Rempubl. ut ab S. P. Q. Romano eliceret electionem voluntariam, ut olim Servius Tullius, quo tyrannidem in legitimum mutaret Imperium; modo tamen à Servio diverſo; Nam is electionem bona fide petiit. Auguſtus poteſtatem deponere velle videri voluit: quo tempore, Senatus & Populus ingenti impetu ac vociferatione in contrarium adnixi, quaſi coegerunt illum retinere ſummam poteſtatem. In quo ſtrepitu & concurſu omnium ordinum, Lex ſine dubio per tumultum rogata raptim perlata fuit. Unde quis Legem nominatim tulerit, quaſi ab omnibus factum eſſet, minus ad memoriam conſignatum videtur. Lex æterna poſtea lata,

Digitized by Google

qua populus Romanus Decrevit Imperatorem ſuum eſſe debere, qui à Germanis electus eſſet Rex, Othonis III. tempore lata eſt. Verum Ipſa lex & circumſtantiæ rogationis vel conſtitutionis non extant; ideo tamen res non minus habet certitudinis; neque legem ipſe Pontifex latam eſſe negat, eo quod auctor ejus & verba non extant. De Sylla qui æque per vim dominationem invaſit ac Auguſtus, quis legerat, ei datum eſſe, per Legem, jus faciendi quæcunque vellet in Republ.? Niſi uno loco id eſſet à Cicerone ſcriptum *in Orat.*, nemo id unquam *factum* fuiſſe crederet. Nomen equidem Legis *Regiæ* nonniſi ſub Antoninis Cæſaribus ortum, ego quidem exiſtimo. Quâ de re & de cæteris ad hanc illuſtrem controverſiam ſpectantibus erat latiſſimus exſpatiandi campus. Sed ego me ipſum non magis ſuſtineo deſcribere quam alios; Ergo dabit Lector veniam remiſſionis ad locum communem in *d. lib.* 1. *Digreſſ.* & *ad Prælect. h. t.*

3. De tranſlatione juris à populo in Cæſarem, per quam hic neque minus neque plus juris adeptus eſt, quam populus univerſus habuerat, longi rurſus logi forent, tam de veritate facti quam de jure, cum his, qui populum ſemper & neceſſario Rectoribus ſuis volunt eſſe Superiorem; qui ſine dubio hanc tranſlationem Juris univerſi à populo in Cæſares factam nobis inculcabunt eſſe Mandatum procuratorium; cum ijs etiam, qui negant, conſtitutionem Ariſtocratiæ vel Monarchiæ ſimpliciter factam præſtare eandem optimatibus & Principibus poteſtatem, quam populus univerſus aut pars ejus major in ſingulis actibus habuit; quam ad rem noſter hic textus admodum probandam, idoneus eſt. Sed & hæc adeo late preſſeque in *libro. I. de Iure Civit.* & *Differt. de Imperio* acta & transacta ſunt, ut heic quidem illis ſine tædio diutius immorari licere non putemus. Verba quibus in hac *L.* 1. & Juſtinianus in §. *Sed & quod principi I. de Iur. Nat. G. & C.* utitur; populus *ei & in eum* omne ſuum imperium tranſtulit, quidam probabiliter conjiciunt è SenatusConſulto & Lege fuiſſe petita, quatenus non male ſapiunt genium ſtyli curialis antiqui, gaudentis circuitu verborum & reduplicationibus.

Ex eâdem L. 1. §. 1.

Quodcunque igitur Imperator per epiſtolam & ſubſcriptionem ſtatuit, vel cognoſcens decrevit, vel de plano interlocutus eſt, vel Edicto *præcepit, Legem eſſe conſtat. Hæc ſunt quæ vulgo Conſtitutiones appellamus.*

1. Probo, id eſſe deforme, nec utile publico, neque Juſtitiæ ſanctitati conveniens, aut decorum, ut omnia Principum acta, dicta omneſque ſubſcriptiones & interlocutiones vim Legis habeant. Poteſt obreptum eſſe Principi calliditate partium, imprudentiâ ſuâ & affectibus. Lex eſt commune præceptum. Virorum Prudentium Conſultum, ne cum Demoſthene dicam, Εὕρημα καὶ δῶρον Θεοῦ, *Inventio donumque Dei*; quæ magnifica prædicata cunctis Epiſtolis, ſubſcriptionibus, ſententiis & interlocutionibus Principum haud quaquam benè conveniunt. Longe ſapientius Imperatores Theodoſius & Valentinianus *præcipiunt, ne tales ſuæ pronunciationes ſint jura generalia, ſed Leges faciunt his dun-*

duntaxat negotiis atque perſonis, pro quibus fuerint promulgata l. 2. C. de Legib. Sola Edicta & Senatus Conſulta ad orationes Principum condita vim legis habere volunt, *interlocutionibus, quas Impp. in uno negotio judicantes protulerint, non in commune præjudicantibus; niſi expreſſe contineant, quod Principes cenſuerint ea, quæ in certis negotiis ſtatuta ſint, ſimilium quoque cauſarum fata componere. l. 3. eod. tit.*

2. Res ipſa loquitur, quicquid alii contradicant, non poſſe neque debere verba Ulpiani in *l. 1. §. 1. h. t.* aliter accipi, quam ſub hac limitatione; *ſi Princeps addiderit ſententiis atque expreſſerit, ut hoc quod modo ſtatuit, generaliter in ſimilibus cauſis obtineat.* Tunc enim fas eſt præſumi, Principem nonniſi gravi deliberatoque judicio ſententiam pronuntiaſſe, momentumque deciſionis ejuſmodi eſſe, quod pro jure perpetuo non immerito obſervetur. Idque fit etiam in Supremis aliquando Curiis, ut certa judicata concipiantur hoc animo, ut poſthac idem in ſimilibus obſervetur; cum alioqui res judicatæ nullo modo ſint leges. Quapropter & hic locus oportet accipiatur ſub illa reſtrictione, quo hanc informitatem à Jure noſtro amoliamur. Etſi graviter obſtat Lex *ult. C. d. tit. de Legibus*, ſed quam ſine eadem limitatione non eſſe accipiendam arbitramur. Idque nec ejus verba penitus recuſare, videbimus, ubi illuc, ſi contingat eo nos eniti, operam perduxerimus.

Javolenus epiſtolarum libro XIII.

Beneficium Imperatoris, quod à divinâ ſcilicet ejus indulgentia proficiſcitur, quam pleniniſſimè interpretari debemus. l. 3. d. Conſt. Princip.

1. Cenſura Wiſſembachii. *Excuſari utcunque poſſent ethnici, qui iſtiuſmodi titulis ſupparaſitari geſtiunt Principibus. At Chriſtianos ita de Principibus, ita de ſe loqui quis ferat! comment. ad h. t.* ubi & alia id genus loca Juris noſtri adducuntur. Idem à multis aliis obſervatum, etiam à Carolo Magno, qui in libro adverſus Synodum Græcorum, de cultu imaginum ſcripto, *l. 1. c. 3.* ejuſdem adulationis epiſcopos inſimulat. Priſcæ *gentilitatis obſoletus error*, Chriſti *adventu repulſus*, inquit, *quoddam cernitur in his reliquiſſe veſtigium, qui ſe fidei & religionis Chriſtianæ jactant retinere faſtigium, qui & intra Eccleſiam novas & ineptas conſtitutiones audaciter ſtatuere adfectant, & ſe Divos ſuaque geſta Divalia gentiliter nuncupare non formidant.*

2. Hanc nos Cenſuram tanti Principis auctoritate ſubnixam excuſatione magis quam defenſione perſequemur; quod à recepto illorum temporum loquendi more JurisConſultis ſine periculo recedere non licuerit. Parabam addere, Principes & Sacerdotes etiam in ſacris literis nomine Deorum eſſe demonſtratos, ideoque nunc, idem non omnino eſſe nefas. Sed vetat hoc uti medio reſpondendi Carolus Magnus in verbis modo recitatis, adfirmans illum uſum *adventu Chriſti eſſe repulſum*, in quo conſentientes habet Theologos recentiores, qui tradere dicuntur, iſtum loquendi modum & honoris faſtigium antiqui Fœderis œconomiæ fuiſſe peculiarem, quod mihi non penitus ſedet. Carolus Magnus ad ἀνδίαν

Digitized by Google

gentilium inter Deos referendi Cæſares, ſpectat, non ad modum loquendi in ſacris literis uſitatum, nec ad differentiam veteris & novi Teſtamenti, quæ nuper hac parte prædicari cœpit. *Οἱ λεγόμενοι Θεοὶ* Dii nominati apud Paulum 1. *Corint.* 8: 5. non ad œconomiam veterem, ſed magis ad comparationem ſummi atque veri Dei cum *τοῖς λεγομένοις*, qui nomen illud uſurpabant, ut tunc res erat cum Paulus ſcriberet, evidenter ſpectat.

Hermogenianus lib. 1. Jur. epitomar.

Cum igitur hominum cauſâ omne Jus conſtitutum ſit, primo de perſonarum STATU, ac poſt de cæteris, ordinem Edicti perpetui ſecuti, & his proximos atque conjunctos applicantes titulos, ut res patitur, dicemus, l. 2. d. Stat. hom.

1. D. Anton. Matthæus *Diſp. 2. fund. jur. n.* 88. Tertius, inquit, *Iuris Nexus*; *Ius perſonarum collocatur tantum in perſonarum STATU. Et obligatio ad ſecundum objectum refertur. Male*; *primum objectum in duobus conſiſtit, in Statu & in obligatione, l. 3. ff. de O. & A.*

Hæc eſt methodi Quæſtio, quam primus contra Juſtinianum, quod ego meminerim, decidit *Hermannus Vultejus.* Hunc ſequutus eſt auditor ejus nobilis *Antonius Matthæus*, nominis ejus primus. Et hunc iterum fidelis nec uſquam facile digreſſus ab ejus ſententiis diſcipulus, quo nos Præceptore gloriamur, *Wiſſembachius*: qui nobis ingente laterum niſu, ut maximi rem momenti & certiſſimæ veritatis inculcabat, nullo modo faciendum eſſe, ut primum Juris objectum in ſolo Statu Perſonæ conſtitueretur & Obligatio ad ſecundum, quod eſt de rebus, objectum referretur.

2. Ego ſemper ut rem leviſſimam, ita, quæ Juſtiniano tanti operis auctori exprobretur, indignam exiſtimavi. Quid eſt liquidius, quam, ut id quod in rerum diviſionibus continetur, æquè in tractatu de rebus comprehendatur? Quippe rerum de quibus agitur, terminos partitionibus metiri ſolemus, nec aliter poſſumus ex Lege methodi neceſſaria. Sed Obligatio refertur & referri debet ad rerum diviſiones & quidem è tribus ad duas. Nam res ſunt vel corporales vel incorporales, utræque ad tractatum de rebus pertinent. Incorporalium autem rerum non aliud notius & celebrius exemplum, quam eſt obligatio, datur *in tit. Inſt. de reb. corpor. & incorp.* Altera diviſio rerum eſt, quod ſint in patrimonio vel extra patrimonium, ſive in bonis vel extra bona. Obligationes ſunt in patrimonio & in bonis faciuntque nos locupletiores l. 49. *d. Verb. ſignif.* etſi aliquando patrimonii vox, ut JurisCti ludunt in terminis, anguſtius accipitur, quomodo in *l. 9. Rem pup. ſalv. for.* ſcriptum eſt his verbis; *non ſolum, quæ in Patrimonio habet, ſed etiam quæ in nominibus ſunt.* Pergit Wiſſembachius *ad Inſt. de oblig. n.* 3. Huic, inquit, Ulpiani reſponſum convenit in *l. bonorum* 49. *d. V. S.* ubi quod in actionibus eſt ſeparatur à rebus, quæ dominii noſtri ſunt. Ergo patrimonium & dominium res eædem ſunt. Id vero aliter demonſtravimus in prælect. *ad pr. tit. Inſt. de R. diviſ.* & patet ſecus ex *l. 52. d. A. R. D.* Planè igitur nihil eſt verius & civilius, quam ordo quem JurisCti ſequuntur, quod, in objecto ſive capite Juris

Digitized by Google

Juris primo agunt de Statu; qui non ſpectat ad patrimonium; in ſecundo de hoc *ipſo* & de his quæ nos faciunt locupletiores; inter quæ vel principem tenet locum Obligatio.

3 Quid autem eſt in *l.* 3. *in pr. d. Obl, & Act.* quem unice laudant Viri ſubtiliſſimi opinionis ſuæ fundum? *Obligationis ſubſtantia non in eo conſiſtit, ut aliquod corpus noſtrum, aut ſervitutem noſtram faciat, ſed ut alium nobis obſtringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præſtandum.* Docet obligationem non eſſe actum quo res noſtra fit ſine medio, ſed eſſe jus perſonam obſtringens, ut rem noſtram faciat; hoc ſane eſt perſonale, quis neget? Si nullo alio latere obligatio conſpiceretur, eſſet quod illis ignoſceremus. Sed quid hoc, quod obligatio venditur, in ſolutum datur, donatur, oppignoratur *l.* 4. *d. Hered. vel. act. vend. l.* 1. *C. de O. & A.* Quid magis eſt reale? Wiſſembachius excipit; vim & ſubſtantiam obligationis ſeparandam eſſe ab ejus effectu. Imo, inquam, civilium rerum ſubſtantia maximè æſtimatur ab effectis. Quid opus eſt actum primum, qui eſt omnium tenuiſſimus, duntaxat intueri, oculos ab actu ſecundo, qui rem præcipue demonſtrat, avertere? Præter quod hoc ipſum perſonale, quod in nativitate obligationis intelligitur, uſum & finem ſuum habet in rebus; Id enim agitur ut perſona dominium alteri præſtet. Ideoque Interpretes obligationem non male ad hunc ſenſum, vocant *jus ad rem* comparatum. Obligationes ad hoc ſunt repertæ, ut unuſquiſque res acquirat *l.* 38. §. 17. *d. V. O.* §. 9. *I. de Inutil. ſtipul.* Plane quominus Uſus fructus magis ſit perſonalis quam eſt Obligatio, nihil proferri poteſt, quia perſonam adficit, in perſonam dirigitur, & cum perſona extinguitur. Obligatio ſi adficiat perſonam, in rem tamen dirigitur, neque cum perſona exſtinguitur, ſed à perſonâ alienari poteſt actibus inter vivos & ſucceſſione teſtati ac inteſtati. Nec tamen uſumfructum quiſquam adhuc, quod ſciam, ad ſecundum Juris objectum pertinere negavit, aut ad primum referri debuiſſe contendit. Acquieſcamus igitur bonis avibus, in ordine, quem & Juſtinianus & Hermogenianus & reliqui meliores ſane Juriſperiti, quam nos ſumus, approbarunt & laudaverunt. Etiam Hadrianus Imperatorum & Julianus ICtorum doctiſſimus in Edicto perpetuo ſic inſtituerunt, ut Hermogenianus heic loci teſtatur. Quos omnes *ἀμαθίας* & ignoratæ Artis ſuæ arguere tam levi argumento, parum convenit gravitati JurisCtorum. Plane, dialecticis hæc res argutiis in ſpeciem ſubtilitatis agitari, ſolidis doctrinæ Civilis rationibus evinci non poteſt. Vide ſis D. Wiſſembach Diſp. ad *tit. Inſt. de Oblig. & noſtras eodem loco Prælectiones.*

Florentinus *lib. 9. Inſt.*

Servitus eſt Conſtitutio Iuris Gentium, qua quis dominio alieno contra naturam ſubjicitur l. 4. §. 1. d. Stat. hom.

1. Primum cenſuræ argumentum adverſus univerſum ſervitutis inſtitutum, quod Chriſtianis recentioribus inuſitatum, Hebræis legitimum, veteribus Chriſtianis non improbatum eſſe conſtat, ad textum ſequentem reſervamus. In anteceſſum id obiter collocabimus. Sive ex bello ſervitus oriatur, ut plerumque fa-

ctum

Digitized by Google

ctum, eam non eſſe injuſtam in occidi meritos; ſive ex conventione, non eſſe contra jus naturæ, ut pro nummis ac alimentis operæ debeantur etſi perpetuæ; quâ de re vide ſis Grot. in *lib.* 2. *c.* 5. *n.* 25. & quæ *mox* & paulo *inferius*. Porrò Bachovius aliique ringuntur in hanc Servitutis definitionem & Grotius aliam habet, quando ſervum definit, qui perpetuas operas prò alimentis debet *l.* 5. 27. Quomodo Iuris Gentium eſſe queat Servitus & tamen contra naturam, arguitur, cum Ius Gentium ſit, quod naturalis ratio conſtituit, ut Iuſtinianus ſcribit in §. *jus autem I. de Iur. Nat. G. & C.*? Philoſophus objicitur, qui ſervitutem eſſe Naturalem docet; *ἐκ τῷ ἢ φύσει δεσποτὸν in lib.* 1. *Polit. c.* 3. Et in *capite ſequ.* bellum docet eſſe *φύσει δίκαιον*, *Natura juſtum*, adverſus eos, qui *πεφυκότες ἄρχεσθαι μὴ θέλωσι*, *facti naturâ ad ſerviendum parere nolunt.*

2. Hæc etſi conceſſa, non evertunt tamen Florentini definitionem: Nec enim is de Jure Naturæ proprie dicto, quo cauſa ſervitutis juſta dari queat, agit, neque rationi rectæ vel bonis moribus illam adverſari ſtatuit; verba ejus hoc ſolummodo inferunt, quod Servitus *invaſerit* ſtatum generis humani, cum jure naturali omnes liberi naſcerentur, ut eſt in *l.* 4. *d. Inſt. & Iur.* Contra hoc Jus Naturæ, id eſt, contra ſtatum Naturæ primævum, non contra Ius Naturæ, quod eſt dictamen rectæ rationis, vult eſſe Servitutem Florentinus, quod nemo negat eſſe merito & ſine vitio dictum. Grotii definitione quominus utendum ſit; & quomodo Ariſtoteles cum bello ſuo naturâ juſto intelligi poſſit, expoſuimus in *lib.* 2. *Digreſſ. c.* 2. Plane ſervitutem dari naturalem, id eſt, homines ad parendum potius & ſerviendum, quam ad uſum Libertatis aptos natos Ariſtoteli concedendum eſſe, docet omnium experientia ſeculorum. Adde Bernegger. *ad Tac. Germ. quæſt.* 250.

Marcianus lib. ix. Inſtit.

Sed in dominium noſtrum rediguntur aut Iure Civili, aut Gentium: Iure Civili, ſi quis ſe major viginti annis, ad pretium participandum, venire paſſus eſt l. 5. §. 1. *d. Stat. Hom.*

1. Hanc Legem Imperator Leo Philoſophus unam ait ex iis eſſe, quæ Imperium Romanum dedecent ac approbatione indignæ ſint. Ideo illam ſe corpori Legum abſtractam in exilium mittere declarat, & ejuſmodi contractum jubet eſſe nullum, libertatis autem ſuæ proditorem & eum qui cum illo id facinus deſignavit, verberibus caſtigari jubet; libertate nihilo minus iſti mancipio veſaniæ, qui execrabile pro ſervitute lucrum participat eamque mercatur, integrâ, licet invito, ſervatâ. *Nov. ſuâ* 59. Alius apud Gotofredum miratur in *not. ad h. l.* Veteres reſtitutionem in integrum ſaltem non indulſiſſe hujuſmodi venditoribus ſui, puta minoribus xxv annis: cum in aliis rebus tam facile reſtitutio illis concedatur; eo magis quod infinita ſit libertatis æſtimatio & infamia inde genti familiæque eorum inuratur *l.* 1. *in pr. d. liber. cauſ.*

3. Cenſura Leonis nititur deteſtatione ſervitutis. Nam ſi hanc conſideremus ut non inutile generis humani inſtitutum, ab alio latere conſpici poſſet illa ve-

tus

Digitized by Google

tus, conſuetudo, quâ ſi quis ſemetipſum venundediſſet, vere valideque ſervus fiebat. De ipſa ſervitute, ſi retentafuiſſet, ego ita exiſtimo, Busbequium in *epiſtolis rerum Turcicarum*, bene rationem putare; quando res humanas nihilò ſe deterius, imo forte an aliquanto melius habituras fuiſſe conjicit, ſi manſiſſet inſtitutum, quod fæcem humani generis, poteſtate dominorum & utili occupatione coercebat; quæ nunc aut mendicitate, veteribus tantum non incognitâ, civitates & agros furibus; & deſertoribus militiam, & procaciâ indomitâ familias implet. Nec minima è cauſis, multo quam fuit olim minoris in Europâ numeri hominum, eſſe videtur, quod pars facile mortalium major diffluit in vagum & in nihilum, quæ olim operis & prolibus creandis domeſticâ diſciplina adhiberi ſolebat. Qua re fiebat, ut quemadmodum agricolæ fœturis animalium rem ſuam augent, ita olim per ſervos id tantò luculentius factum ſit, quanto è ſervis longe plus utilitatis quam ex animantibus percipi poteſt, qua de re multa Busbequius *epiſt.* 3. Nec eò non pertinet, quòd Athenæus *lib.* 6. *Deipnoſ. c.* 18. refert, οὕτως εὐδαιμονῆσαι τὴν Κορινθίων πόλιν, ὡς κτήσασθαι δούλων μυριάδας ἕξ καὶ τεσσαράκοντα; *Adeo quondam floruiſſe unam Corinthiorum civitatem, ut ſervorum ſex & quadraginta myriadas contineret*, id eſt, *quadringinta ſexaginta ſervilium millia capitum*; nihil caſtigante Caſaubono, qui reprehendit *in notis* Dalecampium, emendationis cauſâ; quod in Athenæò narrante, Mnaſonam Phocenſem habuiſſe mille ſervos, pro *mille* legerat *centum*: Quin etiam Athenæus, Romanos cives fuiſſe narrat, qui decem, xx & plura millia ſervorum habuerint. Prætextu Pietatis & charitatis abolitum eſt hoc inſtitutum inde ab eo tempore, quo vera pietas & charitas in irritamenta pudenda degeneravit,

3. Libertatem eſſe rem unam ex omnibus humanis præſtantiſſimam, nemo negat; ſed eſſe mortales, qui melius alieno quam ſuo ſub imperio agant, ſibique & aliis ita ſint utiliores, non minus hodierna quàm vetus experientia docet & ſententiam Ariſtotelis de ſervitute naturali adfirmat luculenter. Multa quidem de ſævitia dominorum haud de nihilo memorantur, qualis Umbriciæ matronæ ſævitia apud Ulpianum *in fin. L.* 2. *h. t.* quæ leviſſimis cauſis ancillas atrociſſimè tractabat, ideo in quinquennium ab Adriano relegata: Nec enim illa durities fuit ſupra remedia, quibus ſi ad modicam coercitionem qualis eſt Patrum, ut novis Legibus factum, poteſtas herilis reſtringatur, quod ſupereſt, incommoda libertatis ſui impotentis minimè adæquet. Loquor de Servitute, qualis apud civiliores populos in uſu fuit: Nec enim exempla barbarorum vel quæ nunc ab Africa in Americam fiunt hominum commercia velim mihi quiſquam objiciat. Sed facile patior, hodiernæ militiæ terreſtris & navalis Indicæ inprimis miſerias cum οἰκετῶν, domeſticorum apud veteres conditione ſervorum conferri; ni longe indignior ſit horum ſtatus miſeriæ, quam illorum apud Græcos & Romanos habita, aberret ratio. Exempla conductionum, quibus omni die mancipia veſaniæ, ut cum Leone loquar, modico ære repræſentato, ſine diſcrimine juſti & impii, belli, ſine affectu erga patriam & Eccleſiam, centurionibus ſe vendunt, ad mala quæ dein δυσχεραίνοντες narrant, quovis ſervitio graviora perpetienda, ſi quis perpendat, deſinet mirari apud Veteres extitiſſe, qui τὸ ὅλον ἀμηχανήσαντες, omnium egeni rerum neque victum exercere ſuum periti, ſe ipſos quibus vellent, Patribus-familiarum

Digitized by Google

venderent. Ad militiam talis fæx non corrogabatur; mendici, vagabundi à ſervorum venatoribus arbripiebantur, quâ de re poſthac: non poterant melius conſulere, quam, ſe tradere in heri à ſe delecti ſervitutem. Quod nec à Jure Hebraico alienum eſſe, mos configendi voluntarios ſervos auriculis in poſtibus ædium à Moſe traditus indicat.

4. Concedimus Leoni, quicquid in contemptum ejuſmodi hominum collocat in ſua conſtitutione. Sed poſitâ ſervitute in genere ſuo non inutilis inſtituti & æquitate obligationis, ut pro alimentis operæ & obſequia in ordine familiæ neceſſaria præſtentur, ego non video, quare non indigni libertate fuerint, qui ſe impares ei ferendæ ſentiebant & demonſtrabant. Quod ad reſtitutionem in integrum attinet, quam Gothofredus vel auctor ejus miratur, heic non fuiſſe adhibitam, mirari deſinat, ſi cogitet, Reſtitutionem negotiis, in quibus vertitur ratio pecuniaria, applicari, non his quæ ad Statum pertinent *l.* 9. §. *pen.* & *ult. d. Minor. l.* 7. *inf. pr. d. dol. mal.* In his ſi effectu acta careant, via nullitatis aut imploratio extraordinaria locum habeat. Quin ipſa æquitas, quæ reſtitutionis uſum introduxit in ſervis ejuſmodi voluntariis evaneſcet, ubi requiſita hujus venditionis ſui ipſius, conſiderentur: Non valet illa, ſi non ſui juris, nec ingenuitatis ſuæ vere gnarus fuerit venditor *l.* 2. *Si lib. ingen. eſſe dic.* Item, ſi emptor ab illo deceptus ſit; nam ſi is ſciverit hominis conditionem, quod ingenuus eſſet, non valebat contractus *l.* 7. §. 2. *d. liber. cauſ.* Requiritur adhuc, ne Venditor ſui, deceptus ſit à mangone, qui ipſum pro Servo vendit, ſed ut vere pactum pretium acceperit *l.* 1. *Quibus ad lib. proclam. non lic.* Horum concurſus requiſitorum facit ex illâ venditione ſui ipſius, veri delicti ſpeciem. Quâ cauſa ceſſare minoris ætatis reſtitutionem ordinarii juris eſt *l.* 37. §. 1. *d. Minor.* Hoc igitur expeditum videtur. Cæterum Leonis conſtitutionibus etſi adverſus Juſtinianum non utimur, earum tamen in hoc tractatu quo de argumentis Cenſuræ contra & extra jus petitæ agitur, non eſt levis auctoritas. Denique nos ut rationes Leonis ipſamque Legem novam non reprehendimus, ſectâ temporum paulatim ad abolitionem ſervitutis inclinante, ita Jus vetus, ſervitute adhuc in moderato vigore durante, poſſe defendi arbitramur; ac ita ſentit Grotius *lib.* 2. *de Jur. B.* & *c. P.* 5. *n.* 27. *ſeqq.*

Paulus Lib. IV. ſent.

Non ſunt liberi, qui contra formam humani generis converſo more procreantur: veluti, ſi mulier monſtroſum aliquid, aut prodigioſum enixa ſit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus: & ideo inter liberos connumerabitur. L. 14. *d. Statu hom.*

1. Hunc locum à Triboniano interpolatum eſſe cur D. Wiſſembachius in *Emblem. ad h. t.* putet, ego non intelligo. Ait illum inflexiſſe verba *hujus L.* ad novam Juſtiniani Conſtitutionem in *l.* 2. *C. de jur. lib.* quod nihilo magis intelligo. Nam ibi Cæſar jus ſuccedendi liberis ab inteſtato, Matri quo ex SCto Tertulliano non gaudebat, niſi jus trium liberorum haberet *l.* 2. *d. SC. Tertull.* tribuit

Digitized by Google

tribuit indiſtincte, nullos etiam habenti liberos. Quid in *hac L.* deſumptum ex illâ Conſtitutione reperitur? De Conciliatione *h.l.* 14. cum *l.* 135. *d.V.S.* vid. Cujac. in *ſent. Paul. l.* 4. *&* 9. *& Wiſſenbach. ibid.*

Tryphoninus *lib.* x. *Diſput.*

Areſcuſa ſi tres peperit, libera eſſe teſtamento juſſa, primo partu unum, ſecundo tres peperit. Quæſitum eſt, an & quis eorum liber eſſet. Hæc conditio libertati adpoſita jam implenda mulieri eſt. ſed non dubitari debet, quin ultimus liber naſcatur. Nec enim natura permiſit ſimul uno impetu duos infantes de utero matris excedere: ut ordine incerto naſcentium non appareat, uter in ſervitute, libertateve naſcatur. Incipiente igitur partu exiſtens conditio efficit, ut ex libera edatur, quod poſtea naſcitur; veluti ſi quælibet alia conditio libertati mulieris adpoſita, parturiente ea, exiſtat: vel manumiſſa ſub hac conditione, ſi decem milia hæredi Titiove dederit eo momento, quo parit; per alium impleverit conditionem: jam libera peperiſſe credenda eſt.

1. Hunc locum à Triboniano corruptum & à ratione alienum eſſe contendit Anton. Faber *lib.* 20. *Conject. c.* 1. Errores enim ſi qui ſint, hos Juſtiniani miniſtris unice, non veteribus adſcribit; Contra JurisConſultos, inquit, diſputare nec poſſem neque deberem: contra Tribonianum agere non pudet: Quâ in re οὐκ ὀρθοδοξεῖ. Quid enim; An veteres errare non potuerunt? An minus probabile eſt, Hos aliquando falſum prætuliſſe vero quam Tribonianum toties erraſſe pueriliter, quem profeſſi ipſius inimici Procopius & Suidas virum ſine controverſiâ ſui temporis doctiſſimum eſſe prædicant? Adſperſiſſe enim quandoque veterum excerptis dicta quædam ex Jure novo, nunquam negavimus, ſæpe faſſi ſumus & fatebimur. Corrupiſſe eum ſine tali cauſa, ſine ullâ quæ conſtare queat, occaſione bene ſcripta à Juriſconſultis, ſubornaſſe eum integra loca & finxiſſe veterum titulis, abſonum, incredibile eſt. Scripta Tryphonini, Ulpiani, Caji, Pauli, Papiniani & reliquorum in omnium manibus verſabantur, cum ipſe Pandectas ederet. His impoſiturum ſe vel non potius ſeculi ſui ludibrium ſe futurum prævidit, ejuſmodi impudentibus non dicam emblematis, ſed augmentis & commiſſionibus ſcenicis atque larvatis. In hoc cum illo conſpiraſſe Anteceſſores à Iuſtiniano illi adjunctos, homines toto Imperii orbe juriſprudentiſſimos. Meliori jure Bachovius impudentiam Fabri inſignem ad *hunc locum* arguit, qui totam hanc legem, pauculis exceptis, Triboniano adſcribat. Nec tamen rationes ejus attingit, quod à nobis inſtituti ratio flagitat. Ait Faber Triboniani commentum detegi ex eo quod Deus voluerit, ut de Tryphonini verbis in textu reliquerit; *Conditionem*, ſi tres pariat, *incipiente partu exiſtere.* Atqui partus incipit, cùm primus è tergeminis editur in lucem, unicum eſſe partum trigeminorum: quia ſimul concepti ſunt: hoc etiam probari è *pr. h.l.* ubi *primo partu unum, ſecundo tres.* Proinde non ultimum, ſed omnes eſſe liberos natos, quia conditio *ſi tres pariat* incipiente partu impletur. In hoc tota Fabri diſputatio conſumitur. Sed qui rem populariter, ut eſt Ars Iuris,

expen-

expendit, non poteſt ignorare, partum gemellorum aut trigeminorum accipi, vel de toto puerperio, vel de ſingulis infantibus, utroque ſenſu proprio & uſitato. Quid enim? Nonne primogenitus dicitur, qui de trigeminis primus in lucem eſt editus, in ſacris & profanis, omniumque temporum uſu? ut etiam, qui primus brachium extulerat, poſterior tamen prodierat, ſecundo genitus fuerit, Jacobus. Nonne duo partus, ubi duplex genituræ tempus & jus intelligitur, appellandi ſunt? Eſt illa ſubtilitas Fabri nimia & calumnioſa, major aliquanto eſt ea, quam in ultima legis particula exercet; de quâ imperare mihi non poſſum, ut latius agam & cavilla ſerio perſequar.

Ulpianus lib. VI. Diſputationum.

Idem erit ſi eadem Areſcuſa primò duos pepererat, poſtea geminos ediderat. Dicendum eſt enim, non poſſe dici utrumque ingenuum naſci, ſed eum qui Poſterior naſcitur. Quæſtio ergo facti potius eſt, non juris.

1. Non contentus fuit, ut placet Fabro; Tribonianus, adfingendo legem præcedentem Tryphonino, niſi & Ulpiano totam hanc *l.* 16. ejuſdem cum priore ſententiæ appingeret. Cui bono Caſſi? Nullo, quam oſtentandæ inſcitiæ & veſaniæ, ſi rationes acutiſſimi Cenſoris noſtri ſequimur. Attamen ſi quis initialia *hujus l.* 16. verba putet eſſe Triboniani, ut hanc *L. cum* Præcedente connecteret, non admodum reluctor. Etſi nec impoſſibile ſit, ut Ulpianus eandem in ſuis diſputationibus facti ſpeciem tractaverit. Arguit etiam Faber hæc ut inelegantia, *ſi primo duos pepererat, poſtea geminos ediderat.* Hæc etiam, *dicendum eſt enim non poſſe dici.* Hæc ille monſtrata putat exploſum iri à Lectore; qui lectione Pandectarum exercitus, nequaquam illis movebitur. Nec etiam ultima, *facti potius non juris*, pro quam juris. Quam non ſemper ejuſmodi analogiæ minutias curent Juriſconſulti, exemplis probare longum ſit. Niſi quod de re ipſa Faber negat, hanc eſſe facti, totam Juris eſſe Quæſtionem, fortius ſtringat. Atqui in trigeminorum partu quam facile evenire poſſit, ut quis Primus in lucem prodierit, ex poſt facto dubitetur, uſus & res ipſa docet abunde. Multa Faber de conditione, quæ impletur & eſt impleta, diſputat in irritum & immenſum: ſiquidem & hic conditionem requiri impletam, ut voluntas ab ea ſuſpenſa effectum habeat, diſerte ſcriptum eſt, ut alias ſemper *l.* 44. §. *ult. d. C. & D. l.* 63. §. *ſi ſub conditione Ad SC. Trebell.* Neque ut hoc ſuum nimis ſubtile diſcrimen ſtabiliret, operæ pretium fuit, duorum Textuum obtrudere ſubornationem.

Ulpia-

Digitized by Google

Ulpianus libr. xxii. ad Edictum.

In orbe Romano qui ſunt, ex conſtitutione Imperatoris Antinini, Cives Romani effecti ſunt. l. 17. d. Stat. hom.

1. Quænam hæc fuit enormitas & confuſio & projectio dignitatis atque majeſtatis Populi Romani, quem olim ne cum Latinis ac Jtalis, duntaxat ex parte, Civitatem communicarent, non piguit ſæviſſima bella & incommoda graviſſima perpeti? Quantæ fuerit invidiæ Cæſari, Antonio & aliis, quod dein ad pleroſque Ciſalpinos & Siculos civitatis jura produxerunt, è Suetonio, Cicerone aliiſque notum eſt; quanta denique religione & ſollicitudine Trajanus, quem ſtatim ſequuti ſunt Antonini (quorum unus hujus auctor novitatis eſt) in civitate non integris nationibus, verum ſingulis hominibus largiendâ verſatus ſit, liber decimus epiſtolarum Plinii paſſim loquitur. At heic Antoninus immani diſſolutione cives facit omnes, qui ſunt in orbe Romano. Proinde ſervos etiam & libertinos? at hoc quidem palam falſum eſt, ſiquidem ſervi multis adhuc ſeculis à Civitatis Jure ſeparati fuerunt, & libertini quoque in veteri diſcrimine Civium, Latinorum & deditiorum manſerunt; ut de ſervis quidem *paſſim*, de libertinis ex *Nov. 78. c. 5. & l. un. C. de Latin. libert. toll.* liquet.

2. Hæc ratio procul dubio adduxit editores antiquos Pandectarum, ut hujus loci lectionem ita vulgaverint, *in Urbe Romanâ* pro, *in orbe Romano, qui ſunt*, argumento ejus, quod Suetonius in *Cæſare* narrat, eum omnes medicinam Romæ profeſſos & liberalium artium Doctores, quo libentius & ipſi Urbem incolerent & cæteri appeterent, Civitate donaſſe; quod ab Antoninis crediderunt ad omnes Romæ commorantes fuiſſe productum. Sed viris doctis à Florentina lectione merito non videtur recedendum. Sane hæc locutio, in *orbe Romano*, quæ offendit Accurſianos, notior eſt, quam ut probanda ſit; Non tantum eo ſenſu, quo Romani de Imperio ſuo frequenter ut de genere humano loquuntur, ſed etiam ut orbis pro regione ſumitur majore & diffuſa; *Ignotum vobis Arabes veniſtis in Orbem*, apud Virgilium. Etiam pro magna hominum multitudine, Ovid. de *Arte amand.*

Nempe ab utroque mari juvenes, ab utroque puellæ
Venêre, atque ingens orbis in urbe fuit.

Quam locutionem Galli imitantur hodierni in voce *mundi*. Et ex Antonini mente non minus rectè dixeris, *Orbis in urbe fuit*; quam quod è *Rutilii Itinerario* huc ab aliis accommodatur.

Urbem feciſti, quod prius Orbis erat.

3. Reſponſio igitur petenda, non à criſi lectionis, ſed à reipsâ. Magna vis eſt temporis; quod olim inſolens & grave viſum, paulatim æquum & utile videri & reperiri ſolet. Ita Claudius Imperator in oratione luculenta apud Tacitum *l. xi. Annal. c. 23.* in hac ipſa de Jure Civitatis controverſiâ demonſtrat. *Omnia, Patres Con-*

Conſcripti, quæ nunc vetuſtiſſima creduntur, nova fuere; Plebeji Magiſtratus poſt patricios, Latini poſt plebejos, cæterarum Italiæ gentium poſt Latinos. Inveteraſcet hoc quoque, & quod hodie exemplis tuemur, inter exempla erit. De honoribus loquitur, quorum jus à Civitate pendebat; etſi verum eſt, non omnes, qui jus Civitatis habuerunt, honorum fuiſſe capaces. Quo pertinet quod Tacitus ibidem refert Primores Galliæ comatæ fœdus & civitatem Romanam pridem adſecutos deinde jus adipiſcendorum in Urbe honorum expetiiſſe, quod & impetrarunt. Tandem ad Provinciam tranſalpinam alioſque Gallos, initio ab Æduis facto jus civitatis productum eſt, apud Tacitum *d. lib.* XI. *c.* 25. Paulatim ad tot alias nationes, ut poſtremo contumeliæ loco haberetur, non eſſe Civem Romanum. Unde per partes evenit, ut neceſſe fuerit, hoc jus facere univerſale. Loquimur autem de ingenuis; ad quos hanc conſtitutionem ſolos pertinere pro certo habendum; non ad libertinos, de quibus ἀγχίνοια Trajani apud Plinium; multò minus ad ſervos.

4. Cæterum, ut hujus immenſæ mutationis alibi vix ulla fit mentio nec ipſa Lex αὐθεντικὴ uſquam extat, ita videndum ne dubitare non liceat, an res ita ſe habeat, ut heic tribus verbis commemoratur. Quid enim? Connubium habent Cives Romani *cum civibus Romanis; cum Latinis autem & peregrinis ita ſi conceſſum ſit*, verba ſunt Ulpiani, qui ſub & poſt Antoninos floruit, *fragm. tit.* 5. §. 3. Mox *n.* 8. *Ex Cive Romano & Latinâ Latinus naſcitur.* Adde, quod mancipatio, præcipua commercii ſpecies eodem tempore locum habuit inter *Cives Romanos & Latinos Colonarios Latinoſque Junianos eoſque peregrinos, quibus commercium datum eſt*, id eſt, *emendi vendendique commune jus*, ut idem ſcribit *tit.* 19. §. 3. *c.* 4. Teſtamenti quoque jus proprium fuit & manſit Civium Romanorum, ut docet *tit.* 20. & omne jus patriæ poteſtatis, Gajo teſte, qui fuit ejuſdem ævi cum Ulpiano, utroque in *l.* 1. *Inſtit. Legib.* 3. & 4. *d. His qui ſui vel al. jur.* Quæ poteſt eſſe major & evidentior inter Cives Romanos aliaſque nationes Imperio ſubjectas ſeparatio? Proinde, Si tempore Caji & Ulpiani hæ differentiæ adhuc fuerint inter Quirites, Latinos & peregrinos, omnes Romano imperio ſubjectos; parum abeſt, quin fides hujus loci laborare videatur; maximè cum de tanti re momenti non ſit veriſimile nihil aliud uſquam extare, nec videri poſſint veteres ICti rem tantam egiſſe tam negligenter.

5. Sed hoc quidem poſtulatum nimis eſt grave, neque de fide & ratione Florentini libri hac parte quiſquam adhuc dubitandum putavit. Magis eſt igitur, ut ea quæ ex Cajo & Ulpiano ſuperius adducta ſunt ante Conſtitutionem Antonini, quæ eſt hujus loci, ſcripſerint auctores illi Antoninis σύγχρονοι. Huc pertinet ut videamus, quis ſit Antoninus auctor hujus novæ Legis; Poteſt enim eſſe vel Antoninus Pius, vel Antoninus Caracalla. Antoninus Pius, voce Antonini ſimpliciter poſita, cum ſit omnium primus Antoninorum, & Antoninus, ſine epitheto vocetur in *l.* 9. *ad Leg. Rhod.* ut probavimus in *Prælect. ad d. tit. n.* 10. ſatis commode intelligi poſſe videtur. Dictus etiam eſſe queat Hadrianus, à quo Antoninum adoptatum hoc etiam nomine deſignatum fuiſſe probari poteſt ex iis, quæ Bertrandus habet in vitâ *Caji.* Pro qua ſententia eſt Chryſoſtomus, qui ſic ſcribit, *ad Acta:* Ἀπὸ Ἀδριανοῦ φασι πάντας εἶναι Ῥωμαίους, τὸ δὲ παλαιὸν οὐχ' οὕτως ἦν.

Ab

Ab Hadriano dicunt omnes factos eſſe Cives Romanos, olim autem non erat ſic. Sed eſt verum, Antoninum ſimpliciter appellatum, eſſe plerumque Caracallam, in Jure quidem noſtro, ut è Briſſonio in *Antoninus* colligi poteſt. Sub hoc vixit Ulpianus auctor hujus legis, ad quam commentamur, quem ſæpe vocat Imperatorem noſtrum, ut in *l.* 34. *d. Legat.* 1. *l.* 1. §. 4. *d. Legat.* 3. Bertrand. *in vit Ulpiani.* Quod ſi communicatio civitatis cum omnibus in Orbe Romano ſpectat etiam ad jus mancipii, commercii & connubii, ut eſt probabile; dicendum erit, Antonini voce Baſſianum Caracallam eſſe intelligendum & Ulpianum ea quæ modo laudavimus, ſcripſiſſe tempore Severi, ſub quo fuit Adſeſſor Papiniani Præfecti Prætorio; ſed hanc legem, quæ nobis propoſita eſt, ab eo ſcriptam eſſe poſt mortem Antonini Caracallæ: duravit enim uſque ad imperium Alexandri, ſub quo fuit Præfectus Prætorio,

6. Cajum quod attinet, is ſi Antoninus Caracalla fuerit, nihil obſtat *heic*, quia ſub Hadriano vel ſtatim poſt eum vixit, ut patet ex *l.* 3. *Si pars hered. pet.* Sicut minus hoc ſedeat, ei dicendum fuerit, effectum Conſtitutionis hujus reſpectu Juris publici, duntaxat obtinuiſſe, quatenus omnes qui ſunt in orbe Romano capaces honorum & militiæ legionariæ facti ſint; quod tamen non eſt probabile, quia de jure publico perrarò, de jure privato paſſim in Pandectis agitur, & infinita hujuſmodi oratio, qualis eſt in hoc textu, non videtur recipere tam anguſtum ſenſum. Nec dubitat Alciatus *lib.* 2. *diſp. Iur. c.* 21. quin jura commercii & connubii per hanc Conſtitutionem cummunia facta ſint, etiam Grotius ita de *Iure B. & P. lib.* 2. *c.* 9. *n.* 11. *Conſequuti ſunt*, inquit, *ea Conſtitutione ſubditi Romani imperii, ea jura, quæ olim habebant Coloniæ & municipia & provinciæ togatæ, ut & honorum participes eſſent & jure QUIRITUM uterentur.* Hoc plane Grotio concedendum, per hanc Conſtitutionem, urbi Romæ non eſſe ademptum jus Principatus gentium quo fons Imperii in urbe Româ conſiſtebat: hoc enim Antoninus nec voluit nec efficere potuit; Imperatores enim populi Romani, adminiſtrandi non mutandi vel tollendi jus populi Romani habuerunt.

7. Huc igitur redit oratio; Cum antea multiplex eſſet jus populorum qui ſuberant Imperio Romano, Quiritium, Latinorum, Coloniarum, Muncipiorum, Provincialium, illa diſcrimina paulatim detrita ſunt, ut ipſi municipes & coloni quid diſcreparent, inter ſe neſcirent, quod Gellius l. XVI. c. 13. demonſtrat; donec Antoninus hic noſter cuncta diſcrimina penitus obliteravit. Dicat aliquis; Imo Juſtinianus id demum effecit conſtitutione ſuâ, de nudo *jure Quiritium tollendo*, qui titulus eſt in Codice repetitæ Prælectionis: Sed ille non tam ex uſu rerum hominumque diſcrimen illud, quam ex ſtudio Juris & interpretatione Legum ſuſtulit. Hoc jam mihi poſtremò de *Cenſura* quiſque teneat: quanto Reſpubl. ad majorem Ordinum conformitatem redigitur, tanto eſſe præſtantiorem ejus ſtatum. Nec idcirco alienum ſit ita cogitare, Papinianum à quo ſunt pleræque Severi & Antonini Conſtitutiones, omnium in corpore Juris præſtantiſſimæ, hujus etiam fuiſſe auctorem; quod tamen in medio relinquam. Hoc ſatis conſtat, mutationes temporum, Antonini ætate illam æquabilitatem, facile recepiſſe, quæ ante duo ſecula ſine ſumma orbis terrarum perturbatione ſtabiliri non potuiſſet: Ea vero tam facile tum quidem rebus aliter jam ferentibus, ſancita

cita eſt, ut vix, eam eſſe factam, alibi commemoratum: orbiſque ille mutationis ita converſus ſit, ut ſonitus ejus, quomodo in alia re Cicero, vix ſit auditus.

Ulpianus lib. XXVII. ad Sabinum.

Lex naturæ hæc eſt, ut qui naſcitur ſine legitimo matrimonio, matrem ſequatur, niſi Lex ſpecialis aliud inducit. L. 24. d. Stat. hom.

1. Imo Lex naturæ eſt, κοινὸν ἀμφοτέροις τὸ βρέφος, *Utrique Parenti communis eſt fœtus*; ut Plutarch. *in lib. de fœt. amor* Et ſi alteri tantum addicendus ſit, Patri potius ut præſtantiori debeatur. Enimvero ſi dominii, quod habet æſtimationem pecuniariam ratio tantum habeatur, manifeſte lex naturæ eſt hæc; ut partus ventrem ſequatur, quod Iuris auctores in fœtibus animalium & vernarum ſequuntur; Sed heic de matrimonio, quod tantum eſt inter homines liberos, agitur. De quo diſcrimen juridicum, quod nati è matrimonio Patrem, extra illud matrem ſequuntur, eſt juris poſitivi, non *lex naturæ*, nitens hac poſitione Iuris Gentium, quod matrimonium ſit nota certi patris, qui ſine tali nota incertus haberetur, juxta Homericum illud, ὃν γόνον οὔτις ἀνέγνω, *Nemo Patrem ſuum novit.* Pro Ulpiano tamen ſtat Hobbeſius; qui matri poteſtatem ſoli vindicat in liberos, niſi marito ſe ſubjecerit, *eo quod naturaliter dominium infantis ad eum primum pertinet, qui primus in poteſtate ſuâ ipſum habet. Manifeſtum autem eſt, eum, qui modo naſcitur, prius eſſe in poteſtate matris quam cujuſquam alterius.* in tract. de Civ. *tit. de Imper. c.9.*

2. Mihi tamen non ſit veriſimile, Ulpianum hanc rationem habuiſſe in conſpectu: Legem Naturæ nimis naturaliter accipit Hobbes; de ſtatu, quo mulier habet copiam admittendi quemlibet, virum nec unum, ſed plures, quo caſu nullo modo ſciri poteſt, quis pater ſit, niſi, & vix ita, matris indicio. Verum Ulpiani ſententiæ mihi potius hæc ratio eſſe videtur; Lex naturæ non tantum regit ea, quæ in primævo ſtatu, quem natura prodit, uſu veniunt; ſed omnes hominum actiones, quamdiu durat humanum genus. Poſita igitur ſecundum matrimonii Legem certitudine Patris, infans ex juſto matrimonio natus eſt Patris, ut qui imperium habet in matrem ejus & domum. Extra matrimonium partus ſequitur matrem, eo quod hæc certa ſit, pater non eſt certus; de facto nihil ſupereſt, quam ut partus ad eam pertineat, ex qua certo conſtat, eum eſſe natum; nihil enim magis naturale eſt, quam hæc demonſtratio, & ratio inde petita ſignate Natura vocatur in *h. l.* 24. Eadem Lex naturæ viget in gentibus, ubi matrimonium non eſt clauſum, ut in quibuſdam Indiæ populis; Apud quos milites, cuncti cœlibes, habent jus adeundi quas volunt matres familiarum; appoſito ante oſtium ſcipione, mariti non habent jus intrandi, ſed militum contubernio comiter obtemperare debent, teſte cum aliis Linſchotio *in Itinerario.* Lex Naturæ vult illic idem, quod hic Ulpianus; extra matrimonium ſequitur partus ventrem; nec habent in bona ſua ſucceſſores, liberos domi natos, ſed liberos ſororum, quos ſcire poſſunt ὀφθαλμοφανῶς eſſe ſui ſanguinis. Cæterum,

extra

extra uſum oppoſitionis inter Servitutem & Libertatem, qualis eſt hodie ſtatus rerum humanarum, vix eſt, ut Partus matrem ſequi poſſe dicendus ſit. Quid enim à matre habeat; Libertas, à natura; Servitus nulla eſt. Dignitas vero aut nobilitas per matrem non propagatur. Succeſſionem ab inteſtato à matre ſane habet, cujus reſpectu nothi nullâ parte, Spurii leviſſime, à legitimis differunt *l. 5. C. ad Sc. Orfit.*

Cajus Lib. I. Inſtitut.

Igitur in poteſtate ſunt ſervi dominorum, quæ quidem poteſtas Iuris Gentium eſt: Nam apud omnes peræquè gentes animadvertere poſſumus, dominis in ſervos vitæ neciſque poteſtatem fuiſſe, & quodcunque per ſervos acquiritur, id domino acquiritur; l. 1. §. 1. d. His qui ſui vel. al. jur.

1. Duplex in hunc locum *Cenſura* ſtringitur. Prima, quod falſum ſit, apud omnes peræquè gentes Dominis eſſe vel fuiſſe jus vitæ neciſque in ſervos: Altera, quod hoc Jus Romanis uſitatum, ſit inhumanum meritoque vituperandum. Secundum alios plures Wiſſembachius nollet; *Apud Romanos*, inquit, *durius & inclementius habiti ſunt ſervi, ſed gentes aliæ humaniter eos tractarunt. Quod de Parthis teſtatur Iuſtinus lib. 41. De Germanis Tacitus de morib. Germ. De Hiſpanis Bodinnus meth. hiſtor. c. 5. de Græcis Athenæus lib. 6. cap. 7. Dipnoſoph. prolatis in eam rem Hyperidis, Lycurgi & Demoſthenis verbis. Adde Macrob. 1. Saturnal. c. 11. Diſp. ad Inſt. 6. à pr.* De duritie vero & inhumanitate Juris ejus, fruſtra deſcribam ea quæ auctores paſſim effundunt, etiam Juriſperiti & omnes Inſtitutionum interpretes, quatenus Imperator apud Inſtitutiones eadem quæ Cajus hic in §. 1. *d. t.* adfirmat; Tu vide ſis poſt alios Vinnium in *Commentar. illic.* Bodinum in *lib. 1. c. 5. de Rep.* & Berneggerum ad *German. Tacit. Qu. 135.* qui multis incivilitatem juris hujus rationibus & exemplis, quæ non deſunt, odioſè ex hiſtoriâ inculcatis perſequuntur.

2. Reſpondebimus ad factum prius, conſequenter ad Jus. Quod attinet ad Parthos, ut Juſtinus eos exhibet, parum abeſt, quin illa natio populus ſervorum fuerit; maxima ſaltem pars ſervi, è quibus exercitus eorum conſtabant, adeò ut è quinquaginta equitum millibus Antonio oppoſitis, ſolos quadringentos fuiſſe liberos adſeveret; dum vulgus ſervorum, nulla manumittendi poteſtate permiſſâ, ac per hoc omnibus ſervis naſcentibus, indies accreſcebat. Hos ita in immenſum auctos, pari ac liberos cura fuiſſe habitos auctor eſt idem ſane Iuſtinus: per hæc ſatis indicans, illos non tam fuiſſe ſervos, quam ordinem in iſto Imperio prævalentem, ſervos nomine quidem & origine, ſed reverà clientes, ad certos Parthorum dominos an patronos pertinentes, ſed minime tales, quos δοῦλας Græci, mancipia Romani appellant; Ambactis Gallorum ſimiliores apud Cæſarem, imò melioris hiſce conditionis, cum arma, ſecus ac Ambacti in manibus habuerint, quibus qui potiuntur, hos dominari neceſſum eſt: ſicut Mamaluchi omnes ſervi natalibus nec manumiſſi, ordo prædominans Syriæ & Ægypti fuerunt. Ab horum igitur conditione non rectè ad uſum Iuris

H Gen-

Gentium de ſervis argumentantur Cenſores. Nihilo magis ab eo quod de Germanis profertur, de quibus narrat Tacitus, eos rarò ſervos ſuppliciis adflixiſſe, per iram duntaxat & impetum eos occidiſſe, quod eandem arguit poteſtatem; nec enim apud Romanos ſervorum cædes frequenter aut aliter uſu veniſſe legimus.

3. De Hiſpanis quod Bodinus laudatur, alio opus ſit auctore de Jure & moribus Hiſpanorum veterum; Sed ipſe Bodinus per omne caput 5. *libri I. de Republ.* Romanorum in ſervos duritiam inſectatur, quod ad ſecundum hujus quæſtionis membrum pertinet. Adhuc enim de facto quæritur. Athenæus *loco citato* à Wiſſembachio, nihil habet; In capite XVIII. ejuſdem Libri invenio, Arnæenſes è Bæotiâ colonos *in ſervitutem ſe tradidiſſe Theſſalis, eâ Lege, ne liceret eos exportare neque occidere*; Verba Athenæi; Παρέδωκαν ἑαυτοὺς τοῖς Θετταλοῖς δουλεύειν, καθ' ὁμολογίας, ἐφ' ᾧ οὔτε ἐξάξουσιν αὐτοὺς ἐκ τῆς χώρας οὔτε ἀποκτενοῦσιν. Quæ conditio venditionis in hac voluntariâ ſervitute minime fuiſſet neceſſaria, ſi juris communis non fuiſſet vitæ neciſque poteſtas in ſervos. Exceptio, ut ait vetus Schola, confirmat regulam: quæ ex Helotis Spartanorum & aliunde ſatis conſtat apud ipſos Græcos. Nihilo plus habet Macrobius ad hunc articulum pertinens. Ad alterum multa, quibus clementiam in ſervos dominorum commendat.

4 Quod igitur ad duritiem ac inhumanitatem hujus juris vitæ neciſque in ſervos attinet; ejus rei doctrina conſtat diſtinctione, qua in Jure Publico privatoque ſæpe utendum eſt. Jus aliud eſſe bonum & æquum, aliud facultatem habendi aut agendi; quod non ſemper eſt æquum & rectum; Patria poteſtas aliquando eſt tyrannica, tamen eſt poteſtas, nec filio male ſine cauſa habito vi reſiſtere fas eſt patri. Jus vitæ neciſque ſine cauſa exercitum in ſervos eſt tyrannicum, ut recte Ariſtoteles 8. *ad Nicom.* 10. Quominus tamen impunitum eſſe queat, jus belli demonſtrat; ex quo ſervitus originem habet: atque in eo licentia occidendi ſine reſpectu cauſæ, jus eſt. Hoc in eos qui ſerviendi cauſa ſervati ſunt, derivatum & derivari potuit: cum, qui ſtatim occidi potuerunt, hi ſine pacto conditionem non mutent. Quicquid ex Auctoribus antiquis in hanc rem profertur, ad jus, bonum & æquum, refertur. At in eo non diſſentimus, nec JurisCti nec ulli Romanorum ſapientes diſſentiebant: quæ res in cauſa fuit, ut tandem jus alterum, id eſt, facultas ipſa vitæ neciſque Romanis Legibus ſublata ac interdicta ſit, ut ipſe Cajus, ſalva coërcitione modica & neceſſitate ſerviendi, refert in hac *l.* 1. Domino perinde homicidii reo per cædem proprii quam alieni ſervi *l.* 1. §. 1. *h. t.* quâ parte jus Romanum Hebræo mitius eſt, quo dominis impune fuit, occidere ſervos ſuos, ſi modo è continenti non morerentur *Exod.* XXI. 20. 21.

Ulpian.

Ulpian. lib. VII. de Off. Proconſ. ex Reſcripto Divi Pii ad Ælium Marcianum Proconſulem Uticæ.

Nulli hominum jus ſuum detrahi debet. l. 2. d. His qui ſui vel al. jur.

1. Non eſt hujus inſtituti profecto ea quæ bene habent, Eunomiæ cauſâ producere & commendare Lectoribus; ſed reprehenſiones & Cenſuras amoliri. Tamen etſi nihil hac ſententia rectius & melius de officio Principis erga cives ſuos efferri, adeoque nihil minus Cenſuræ obnoxium eſſe queat, celebris tamen locus è ſacris literis, et tritus, cujus verba hiſce oppoſita ſunt, non patitur, ut hæc inreconciliata tranſmittamus, ne Cæſar & Propheta diſſentire videantur; etſi jam quod ſatis videri queat, alibi dictum ſit: à ſimplici tamen repetitione cavebimus & nec nihil addendum ſuperfuiſſe conferenti patebit. Samuel Propheta jus Regium docuit Hebræos eſſe & vineas & domos eripere civibus, & dare ſervis, hominibuſque ſubjectis uti pro arbitrio herili 1 *Sam.* 8. 11. Tres omnino ſuper hujus loci interpretatione ſunt opiniones. Prima tenet, hebræa voce, quam *jus* vertunt Græci LXX. Latinus antiquus, Lutherus & alii; ſignificari morem & inſtitutum, quo Reges uſuri eſſent, facto non jure: quomodo Reformati interpretes locum accipiunt, adeo validè certi, ut opinionem ſuam in textum, verſione à Veteribus & conſueta vocis proprietate diverſa, intulerint. Quod quidem fieri neceſſe non erat, ſiquidem τὸ jus quod tam uſus quam etymologia vocis hebrææ exigit, retinere licet, abſque ulla tyrannici moris approbatione. Nam dari aliquod *jus* non bonum & æquum, ſed quod obliget tamen, ſæpe demonſtratum eſt, cum aliter, tum exemplo Patris qui Jus habet in filium, quo hic etiam ſine cauſa male habitus tenetur & obligatur ad patientiam. Si hoc jus Samueli intellectum adſcribitur, nihil aliud dictum voluit Propheta, quam quod Apoſtolus homines jubet eſſe ſubjectos regnantibus, non modo bonis & æquis ſed etiam δυσκόλοις. Hujuſmodi jus cum ſceleritate dominantium poteſt eſſe conjunctum, ſed eſt jus tamen, quatenus privatis ob injurias imperantium rebellare non licet. Eaque eſt ſecunda, quam innuimus, interpretatio. Eſt adhuc tertia, quæ modo increbreſcit ſententia; *Jus* illud regium eſſe verum & ſolidum jus, quod ita volunt Interpretes Grotiani, Sieglerus & Bœclerus ad *Grot. l.* 1. *c.* 4. §. 3. quem & Thomaſius probat in Scholiis ad poſitiones noſtras *Inſt. l.* 1. *tit.* 8. *n.* 13. Poteſt autem hæc ſententia bifariam explicari. Primo, jus illud eſſe Regium, ſi urgente publica neceſſitate vel evidenti utilitate, adeoque ratione Dominii Eminentis, quod Grotius vocat, exerceatur. Et hanc illi ſequuntur interpretationem, ſatis à contextu Samuelis, qui vim dominationis arbitrariam deſcribit, alienam. Altero ſenſu poſſet hoc jus verum ſolidumque dici, hac ratione; quod ſit facultas propria Regibus, civium perſonis & rebus abutendi, ut quiſque re ſuâ abutens, prodigeve donans, jus ſibi competens etſi perperam, exercet. Quod an recte ſtatuatur, ex eo pendere videtur, fueritne deſpoticum imperium, quod Hebræi ſua voluntate condiderunt, an Regium. Si prius, vera eſt illa ſententia, quia mo-

narchæ heriles, jus in res & homines arbitrarium habent, quomodo Turcarum & Perſarum domini cives indicta cauſa necandi & ſpoliandi jus habent *extimum*. Sed regnum ſimpliciter conſtitutum παμβασιλεία & abſolutum, libertatem perſonarum & dominia rerum civibus relinquit; nec in his extrà cauſam evidentis publicæ utilitatis, cives gravare poteſt abſque vitio tyrannico, ut in *Lib.* 1. *de Jure Civit.* aliquot locis demonſtravimus. Sed ut herilem dominatum à populo Hebræorum inſtitutum credamus, ſatis cauſæ non videtur eſſe in eo, quod Regem poſtularunt, inſtar vicinorum, qui ſane fuere deſpotæ. Nam gens memor & recens libertatis adeo ſui non fuit impos, ut aliter quam herili jugo ſe contineri non poſſe crediderit. Pertæſi erant Theocratiæ, ut homini parerent, non ut ſervirent; nec ſi dubia res ſit, pro Regno non magis quam pro Servitute præſumendum fuerit. Regnum igitur verum fundavere, quod ſaltem ipſis libertatem corporum & proprietatem rerum jure cuſtodiret. Injurias tamen hac etiam parte ferendas, pro more ſolito regum abſolutè imperantium & jure patientiæ, quod ipſis incumberet, Samuel inculcavit: Siquidem hanc eſſe Legem Imperii ſimpliciter delati *dicto loco* probavimus, quod reſiſtendi & vim opponendi facultas non detur civibus, niſi hoſtilem Princeps animum induat. Tenemus igitur ex tribus mediam, ut tutiorem ſententiam; non eſſe factum merum, nec Jus verum, quod Samuel expoſuit (eſſe jus, ſed injuſtum, quale Prætor iniquè judicans facere dicitur *l.* 11. *d. Juſtit. & Iur.* & quale Achabus adverſus Nabothum inſtituit nefariè; oppoſitum Juri bono & recto; quod Pius Imperator in textu ſuprà ſcripto reſpexit; ubi hoc Jus Principis, *nemini ſuum jus*, niſi pro utilitate publica, *auferre* adfirmat. Enimvero, Hebræis non fuiſſe in animo, ſervos Regum ſe facere, ſi verbis inde ab initio minus expreſſerint, factis & re deinceps legibuſque ſuis indicaverunt, inde à morte Salomonis potiſſimum, qui Jus Imperii ſimpliciter delati, id eſt, abſoluti ad poſteros impares propagare non potuit. Eſt igitur hic locus monito prophetico Samuelis contrarius; ſed conveniens melioribus Juris Divini præceptis, quæ habentur *Deuter.* 17. Hæc dicta licet addantur his quæ ſcripſimus in *Prælect. ad h. tit.* ſuper hoc ipſo loco; & in *lib.* 1. *de Iure Civit. ſect.* 2. *cap.* 7. ubi quædam de ſummo Imperio monita collocata ſunt.

Gajus Lib. I. Inſtit.

Item in poteſtate noſtra ſunt liberi noſtri, quos ex juſtis nuptiis procreaverimus; quod Ius proprium civium Romanorum eſt. l. 3. *His qui ſui vel al. jur. ſunt.*

1. Gotofredus ad *h. l. Imo & aliarum gentium fuit hoc jus. Fuit enim apud Perſas*, Ariſtot. 8. Ethic. 20. Ægyptios, *Diodor. Sicul. lib.* 2. Hebræos *Geneſ.* 21. 23. *Iudic.* 11. Græcos, *ut jus* abdicandi ſatis oſtendit, *Halicarn.* 2. Gallos 6. *de bell. Gall.* Muſcovitas *Sigiſmund. l.* 3. *comment. rer. Muſc.* Hactenus Gotofredus. Idem Bodinus *lib.* 1. *de Repub. c.* 4. Verba ejus ponam: *Extant*, inquit, *Græcorum & Latinorum monumenta, quibus ſatis intelligitur, Hebræos, Celtas & Perſas eâdem poteſtate in liberos, quâ Romanos, uti conſueviſſe.* Falſo igitur & impe-

Digitized by Google

imperitè Cajus. Bona verba! parum eſt difficultatis; Cajus de qualitate; Reliqui auctores de genere ipſo & de *quanto* loquuntur. Patriam poteſtatem eſſe juris Gentium nemo negat; jus etiam vitæ & necis, quod Romani Veteres Patribus dederunt, quibuſdam aliis populis uſurpatum legitur; ſed Patria poteſtas apud Romanos admodum ſingularis fuit, habens effectus aliis gentibus inuſitatos & incognitos; quibus hic recenſendis abſtinemus; extant in locis tritis. Juſtinianus rem explicat in §. 1. *I. de Patr. pot. Jus autem Poteſtatis, quod in liberos habemus, proprium eſt Civium Romanorum*, inquit; *Nulli enim alii ſunt homines, qui TALEM in liberos habent poteſtatem QUALEM nos habemus.* De quanto non loquitur; ſicut illud ſummum quod olim fuit, jus vitæ necíſque non memoratur ab ipſo, vel à Cajo, aut in omni *hoc tit.* Scilicet, abolitum deinceps, & redactum ad modum regiminis domeſtici & emendationis vigorem; quod etſi Bodino in *d. cap.* 4. improbatum, melius tamen conſultum eſt, quam quod Veteres nullum inter herilem & Patriam poteſtatem diſcrimen eſſe voluerunt, qua de re non repetimus, quæ dicta ſunt in *lib.* 2. *Digreſſ. c.* 4. 5. *&* 6. Plane, quod Gajus æque de qualitate ſingulari juris Paterni Romanis Legibus celebrati in *hoc loco* ſit intelligendus, dubitare non ſinunt ea quæ ſubjiciuntur ex aliis auctoribus, & nominatim ex eo, quod habet Ulpianus in *l. ſeq.*

Ulpianus in Libr. I. Inſtit.

Patres familiarum ſunt, qui ſunt ſuæ poteſtatis, ſeu puberes ſive impuberes; ſimili modo matres familiarum, filii familiarum & filiæ, quæ ſunt in aliena poteſtate: Nam qui ex me & uxore meâ naſcitur, in mea poteſtate eſt: item, qui ex filio meo & uxore ejus naſcitur, id eſt, nepos meus & neptis æque in mea ſunt poteſtate, & pronepos & proneptis & deinceps cæteri: l. 4. *d. t. de His qui ſui vel al. jur. ſunt.*

1. Cenſura duplex; Una hæc: Imperitis juris non poteſt non abſurdum videri, quod impuberes, imo infantes in cunis vagientes appellantur Patres & Matresfamiliarum; Periti vero habent, quo rationem quærant. Nec etiam inde petenda, quod hoc loco *familia* non ſignificet domeſticum cœtum, ſed hereditatem & bona, ut in titulo de *familiâ erciſcundâ*. Quid enim vox *pater* relationis habet ad bona & ad hereditatem? Potius inde, quod cum primo juris auctores de ſtatu hominum in orbe toto, vel in Republica egerint, hoc *titulo* de jure partibuſque familiæ tractent. In familia ſunt imperantes & ſubjecti. Imperatores ſunt pater & materfamilias, ſubjecti ſunt liberi & ſervi, ambo in poteſtate. Qui ergo non eſt in poteſtate, id eſt, in ſubjectione familiæ, is eſt pater aut materfamilias, nec enim datur in familia diverſum genus, quam pater atque materfamilias & qui in poteſtate ſunt. Hoc ſi quis incommodum appellationis haud omnino tollere credat, is hunc potius terminum artis, quam uſus popularis exemplum eſſe cogitet. Nec enim facile, puer Paterfamilias, adhuc rarius puella materfamilias appellari ſolita fuit, aut in Jure, cum popularis eſt ſermo, nuncupatur.

Google

2. Altera Cenſuræ ſpecies gravior, in eo conſiſtit; quod nepotes & pronepotes & abnepotes, omnes in atavi poteſtate ſunt: Quæ res ante-diluvianis temporibus, quibus familiæ gentes erant, quam præſenti rerum ſtatui convenientior videtur. Quanto rectius, quod hodierno Jure Gentium ubique receptum eſt, ut patria poteſtas domibus finiatur, & quiſque paterfamilias ſuæ domus princeps, nec qui caput eſt ſuæ, pars & ſubditus alienæ familiæ dicatur. Ad hæc ita eſt ratio. Mores hodiernos equidem hac parte nos Juri Civili prætulimus alias, ut tamen inſtitutum Romanum non contemnamus. Nec tu contemnes, ſi modo diſtinguas inter effectus patriæ poteſtatis; qui Juris Gentium, & qui juris Civilis ſunt. Principatum familiæ regimenque juris gentium non adimit atavi poteſtas cuique ſuæ domi poſterorum, quatenus ad œconomiam ſpectat. Sed effectus ſubtiliores, quos Romani multos habuere, ſine morte vel ſuâ voluntate Parentibus avis ataviſque factis auferendos non putarunt, nec hi derogant præſidio domus, quo filii patres facti, Θεμιστεύουσι παίδων ἠδ' ἀλόχων, imperant liberis & conjugibus atque ſervis; ac ita Cenſuræ cauſam præbere non videntur.

Ulpianus libro nono ad Sabinum.

Filium eum definimus, qui ex Viro & Uxore ejus naſcitur. Sed ſi fingamus, abfuiſſe maritum, verbi gratiâ, per decennium, reverſum anniculum inveniſſe in domo ſuâ, placet nobis Juliani ſententia, hunc non eſſe mariti filium. l. 6. d. His qui ſui vel al. jur.

1. Bachovius ad *h. l. Ulpiani nugæ*, inquit, ſiquidem nemo ſani ſenſus de hoc caſu dubitare poſſit. Quid ita Ulpianus homo minime nugax & nugarum cenſor? Ego ſic puto. Magna vis eſt hujus regulæ *Pater eſt, quem nuptiæ demonſtrant. l. 5. π. de in jus voc.* Vult oſtendere, hanc regulam non eſſe infiniti uſus, inducere præſumptionem duntaxat, non excludere probationem contrariam. Idem exemplo primum indubitato evincit ex ipſo Juliano, ut dein ad magis dubia pergat, contra Julianum, quomodo in hac ipſa Lege procedit; probans adverſus ejus ſententiam, poſſe aliquem, etſi adſiduo cum uxore verſatum non haberi pro patre; ſi conſtet, maritum aliquandiu cum uxore non concubuiſſe, ſimultate interveniente, vel alia cauſa, vel ſi ea valetudine paterfamilias fuerit, ut generare non potuerit. Ab indubitatis & conceſſis negata concludere & adfirmare non eſt abſurdiſſimum. Nec adeo quod Ulpianus ſcripſit, monere nugatorium eſt; ut etiam quibuſdam gentibus placuerit, Patrem haberi qui per decennium abfuerit, ſi modo quatuor maria, quibus Britanni cinguntur non tranſierint, ut in Angliâ juris eſſe ſcribit Chamberlanus in *noviſ. ſtat. Angl. par. 1. c. 18.*

Gajus

Digitized by Google

Gajus Libro primò Inſtitutionum.

Generalis adoptio duobus modis fit, aut Principis auctoritate, aut magiſtratus imperio l. 2. in pr. d. Adoption.

1. Wiſſembachius *Emblem. Tribon. ad h. l. Non modo*, inquit, *liberâ adhuc Republ., verum eâ quoque occupata, ab Imperatoribus Arrogatio fiebat per populum, ævo Iuliani, Aul. Gellius 5. Noct. Att.* 19. Ulpian. 1. *fragm. tit.* 8. §. *Adoptio; Utique & Caji, qui Iuliani fuit σύγχρον@. Quomodo igitur hæc à Cajo ſcripta ſunt?* pergit ille; Reſpondet; *Quia principali reſcripto Arrogatio poſtea fieri cæpit l. 2. in fin. C. h. t. Tribonianus verbis Caji immutatis, pro, aut per populum*, repoſuit *aut Principis auctoritate*, quod & Giphanius in *d. l.* 2. cenſet, quam rem illi ut flagitioſam imputant Triboniano. Sed tot loca, quot Principis in hoc negotio meminerunt, eſſe corrupta, quis credat? Verum igitur eſſe oporteat quod Wiſſembachius adſeverat. Adrogationem ſub Imperatoribus factam fuiſſe nonniſi per populum tempore Caji, auctoris *hujus L.* qui vixit ſub Hadriano & Antonino Pio. Id ſane conſtat, ſub Auguſto populum adhuc ſolitum fuiſſe rogari aliquando, quod ſub Tiberio qui comitia è campo tranſtulit in Curiam, id eſt, populo ad Senatum, teſte Tacito 1 *Annal* 15. mutatum eſt, nec ab eo tempore populus aut plebs in campo vel in Comitio rogari ſolitus fuiſſe legitur, quod ego quidem meminerim. Wiſſembachius profert Legem Papiam Poppæam, Æliam Sentiam, Fuſiam Caniniam; Sed hæ omnes ſub Auguſto latæ ſunt, de cujus tempore non ambigitur. Cajus autem hujus Legis auctor ſub Hadriano & Antoninis vixit. Quid ergo ad Gellium & Ulpianum Antoninorum coævos, qui diſerte, ut Wiſſembachius refert, ita ſcribunt? Puto, illos, re novatâ, verbis nihilominus antiquis uſos fuiſſe, quo nihil in hiſtoriâ Auguſtâ frequentius, ut Senatus populique obſoleta nomina adhuc uſurparentur; quod in hoc negotio facillimè admitti potuit, eo quod Princeps omne jus populi habuit & quicquid ipſe faceret, populus feciſſe judicaretur. Nec ipſi Cæſares ita noluerunt, ſophiſmate politico, fucti inania populo tranſmittere, ipſi rem & vim amplecti. In Lege vel Senatus Conſulto, quod, vel quæ de Imperio Veſpaſiani extat, ipſi tribuitur facultas commendandi Magiſtratus Senatui populoque Romano; tameth mos ille Julianus ex Suetonio notus jam pridem obſolevisſet. niſi forte inanibus imitamentis, quâ de re diximus in *Lib.* 1. *Digreſſ. c*, 31 & 33. Aliud exemplum; Majeſtatis crimen committitur adverſus Imperatorem, qui habet ſummam poteſtatem, & Rempubl. §. 3. *I. de Publ. jud.* tamen Ulpianus in *l.* 1. *ad L. Iul. Maject.* idem crimen definit, *ut adverſus populum Roman. vel adverſus ſecuritatem ejus committi dicatur*, nulla Principis mentione facta. Sic igitur hac in re Ulpianus & A. Gellius amator vetuſtatis & archaiſmorum inſtituerunt. Si putes, Arrogationem rem fuiſſe nihili; Principes eam forte populo permiſiſſe per idem ſophiſma, modò quod dixi, politicum, fac cogites ita; nimis crebras fuiſſe adrogationes, quam ut Principibus expediret, populum toties univerſum convocari eumque in antiquæ Majeſtatis ſede collocari. Præter quod tum ſane Principes ipſi in adrogationibus à ſe factis, Claudius, Galba,

Digitized by Google

ba, Trajanus, Hadrianus, Antoninus aliique populum non ſpreviſſent, quem ex Auguſta hiſtoria ſatis conſtat, ab illis non fuiſſe rogatum. Diocletianus & Maximianus, qui non toto poſt illos ſæculo vixerunt, ita hac de re; *Arrogatio etenim*, ajunt, *ex indulgentia Principali facta, perinde valet apud Prætorem vel Præſidem intimata, ac ſi per populum jure antiquo facta fuiſſet. l. 2. C. h. t.* Quis dicet, ecquando inter Antoninos & hos Principes, populus rogari deſierit: ſi adeo nec deſiiſſet omninò, jus illud à Diocletiano appellatum non fuiſſet antiquum. Dicamus igitur, nihil in his verbis, quæ præſcripſimus, ab auctoris Caji temporis uſu alienum eſſe collocatum.

Ex eadem 2. in pr.

Principis auctoritate adoptamus eos, qui ſui Juris ſunt, quæ ſpecies adoptionis dicitur, Adrogatio, quia & is qui adoptatur, rogatur, id eſt, interrogatur, an velit eum, quem adoptaturus ſit, juſtum ſibi filium eſſe, & is qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiatur.

1. Diverſam Adrogationis etymologiam & formam memoriæ prodidit A. Gellius, quam & præferunt Sigonius 1. *de ant. jur. Civ. Civ. Rom. c.* 10. & Alciatus 9. *parerg.* 5. Gellii verba ſunt hæc, quæ ſubjeci. *Arrogari non poteſt, niſi jam veſticeps; Arrogatio autem dicta, quia genus hoc in alienam familiam tranſitus per populi rogationem fit. Ejus rogationis verba hæc ſunt; Velitis jubeatis Quirites, uti Lucius Valerius Lucio Titio tam Jure Legeque filius ſibi ſiet, quam ſi ex eo Patre matreque familias ejus natus eſſet. Utique ei vitæ necisque poteſtas ſiet, uti patri endo filio eſt. Hæc ita uti dixi, ita vos, Quirites, rogo.* Ita ſine ulla interrogandi adoptantis & adoptati mentione. Nunquid igitur dicendum, abolito rogationis popularis ſub Principibus, ut dictum, inſtituto, hancce partium interrogationem eſſe ſubſtitutam ejuſque pro more ſui temporis meminiſſe Cajum? Id vetat credere Cicero, qui *in Oratione pro domo* ſuâ P. Clodium à P. Fontejo arrogatum ita percunctatur, *Te eſſe interrogatum, auctor ne eſſes, ut in te P. Fontejus vitæ neciſque poteſtatem haberet, ut in filio?* Ex quibus verbis liquet, interrogationem utriuſque partis apud Pontifices olim quoque factam eamque ſequutam fuiſſe rogationem populi Curjatam: Ut ſic utraque etymologia tam Caji quam Gellii vera ſit; etſi Cajus alteram, ut ſuo tempore notam, duntaxat commemoraverit. Nulla igitur contrarietas.

2. Obiter, Cajus verbum *rogatur*, explicat per *interrogatur*, quid hæc gloſſa vult; otioſa, ut videtur? Sed rogare plerumque eſt verbum precarii, ſicut in fideicommiſſis & paſſim alibi, *δέομαι*. Ne quis igitur putet, rogari adoptantem, ut velit adoptari, ſicut populus rogabatur; monet interrogari tantum partes, ut reſpondeant, non ſollicitari. Nempe rogare ſignificat etiam ſtipulari, *l. 7. §. 12. d. Pact.* Negat tamen hanc in adrogatione factam interrogationem, fuiſſe ſtipulationem Cujacius 9. *Obſ.* 37. *in pr.* Rationem non addit. An quia non fuit concepta ſolenni verborum formula, qualis in ſtipulationibus? An potius, quia non fuit alii ſubjecta conventioni, ut ſtipulationes ſolent?

Ex

Digitized by Google

Ex eadem L. 2. §. 1.

Illud utriuſque adoptionis commune eſt, quod ſi qui generare non poſſunt, quales ſunt Spadones, adoptare poſſunt. Hæc ipſa verba Juſtinianus retulit in *tit. I. de Adopt.* §. 9. ſed hæc adjecit, *Caſtrati veró non poſſunt.*

1. Cenſura Leonis Philoſophi Imperatoris in Nov. xxvi. cujus quidem Legibus non utimur ad decidendum, multo minus contra Juſtinianum, at tamen Cenſuræ auctoritate multis aliis præcellunt. Negat æquum eſſe caſtratos ab adoptionis beneficio excludi, ob has rationes. I. Quia Lex adoptionem in ſolatium orbitatis introduxit, quod caſtratis æquè ac aliis improlibus convenit. II. Qui per injuriam hominum nequeunt gignere, beneficio Legis, ex miſericordia, digniores ſunt quam frigidi & libidinibus exoleti vel morbis venereis impotentes facti. III. Aliis conceditur adoptio, quia ſpes eſt, eos aliquando gignendi compotes fore; Tanto magis hoc ſolatium caſtratis impertiendum, quod nulla ſpes eorum ſublevet miſeriam, ut ſaltem hac ratione paterni nominis dulcedinem adumbrare poſſint.

2. Apparet, Cajum & Juſtinianum ſpadones à caſtratis ſeparare, contra aliorum & ipſius etymi uſum. Nam Spado eſt à *σπάω abſtraho, avebo*, cui genitalia ſunt avulſa; ſic & alii Scriptores; uſu tamen obtinuit, ut omnes gignendi impotes vocentur ſpadones, tam caſtrati, quam ſecus. Ulpianus; *ſi ſpadoni mulier nupſerit, diſtinguendum arbitror, caſtratus fuerit, nec ne: ut in caſtrato dicas dotem non eſſe: in eo qui caſtratus non eſt, quia eſt matrimonium, & dos & dotis actio eſt. l.* 39. §. 1. *d. jur. Dot.* Theophilus in *d.* §. 9. *Inſt.* Eunuchos facit genus, eorumque tres ſpecies, ſpadones, caſtratos, thlibias; Priores vocat frigidos, non deſperatæ veneris; Caſtratos, quibus exciſa ſunt genitalia; Thlibias, quibus attriti ſunt teſtes. Etſi caſtratos alii maxime vocent eunuchos, quia cæteris magnates orientales non fiderent *τὰς εὐνὰς ἔχειν, cuſtodire cubicula mulierum*, unde nomen illis.

3. Quod ad Cenſuram Leonis attinet, illa ſpeciem habet æquitatis, Juſtinianus analogiam Juris ſequitur, per quam ita traditum eſt, adoptionem imitari naturam, §. 4. *d. t. I.* nec ullas ponere fictiones impoſſibilium, ut oſtendimus *ad tit. π. de Probat. in fin.* Generatio in caſtratis abſolute *τῶν ἀδυνάτων impoſſibilis* eſt, in Spadonibus alitur ſpes; ideo his naturam imitari licet; Ut caſtratus id faciat, monſtrum videretur; in ſpadone res ipſa non amiſit terminos habiles: nec imitatio incivilis, quæ in caſtrato deformis eſt. Suſpicor, Eunuchorum potentiam in Aula Byzantinâ, quæ ſeculo nono, quod eſt Leonis, jam impenſe creverat, magis occaſionem dediſſe novæ conſtitutioni, quàm valorem æquitatis, quam facile Juris ratione ſuſtinet Juſtinianus.

Digitized by Google

Papinianum lib. XXXI. Quæſt.

Imperator Titus Antoninus reſcripſit, privignum ſuum Tutorem permittendum adoptare l. 32. §. 1. *eod. tit.*

1. In hoc Textu ſignificatur, Vitricum poſſe Tutorem eſſe privigni; quanquam matri propter inductum Vitricum non modo Tutela liberorum, ſed etiam educatio per leges adimitur *l.* 1. *C. Quand. mul. Tut. of. l.* 1. *C. Ubi pup. educ.* Quæ res abſurditatis abſolvi non poſſit, ut Tutela concedatur ei propter quem & cujus odio matri adimitur. Reſponſio duplex. Una. Vitrico non deferri tutelam; id nuſquam in Jure videri ſcriptum. Hic quidem Vitricus tutor eſſe memoratur; ſed potuit eſſe Tutor, antequam Pupilli mater ei nuberet; confer *l.* 2. *C. de Interd. matrim.* difficilius adimitur quam primum datur Tutoris officium. Dein, ſi mater maneret Tutrix inducto vitrico, Hic matris potens ſine periculo ſui pupilli res intervertere poſſet; Quando autem ipſe Tutor eſt, ſuo & fidejuſſoris ſui nomine tenetur ad indemnitatem pupilli. Quæ ratio facit, ut nec hodie Tutela negetur vitrico ſi vir bonus & locuples ſit, quæ matri ob ſecundas Nuptias adimitur. Adde quæ dix. *lib.* 3. *Digreſſ. c.* 12.

Juſtinianus Auguſtus.

Sed hodiè ex noſtrâ conſtitutione cum Filiusfamilias à Patre naturali extraneæ perſonæ in adoptionem datur, jura Patris naturalis minimè diſſolvuntur, nec quicquam ad patrem adoptivum tranſit, NEC IN POTESTATE EJUS EST: *licet ab inteſtato jura ſucceſſionis ei à nobis tributa ſint.* §. 2. *Inſt. de Adoption.*

1. Hunc locum male habitum & deſcriptum eſſe à Triboniano, fidenter adfirmabat nobis D. Wiſſembachius; etſi mollius aliquanto in editis ſcriptis, explicandum eſſe ex authentico ſuo, quod eſt in *l.* 10. *C. de Adopt.* ſcribit *ad h. t. à pr.* ſcilicet ut non negetur adoptatus ab extraneo eſſe in poteſtate, ſed non eſſe fingatur. At hoc verba Iuſtiniani nimine ferre non diſſimulat præceptor ejus Ant. Matthæus *coll.* 2. *Inſt. diſp.* 1. *th.* 27. à quo habuit hanc ſententiam; adoptatum ab extraneo eſſe omnino, poteſtate, ſed fingi non eſſe! Cum autem verba *hujus* §. *à* fictione penitus abhorreant, aliter rem explicare non poſſunt, quam imputando corruptionem hujus loci Triboniano; ac ita cum nihil circuitione utuntur, ſentiunt. Neque tam ut videtur, temere quam difficulter reſponderi poteſt ad textus unde fictionem ſuam probant. Quid enim aliud velle videatur *d. l.* 10. *à pr. Sancimus, per adoptionem quidem ad extraneam perſonam factam jura naturalis Patris nimine diſſolvi, ſed ita eum permanere, quaſi non fuiſſet in alienam familiam tranſlatus.* Niſi tranſlatio in alienam familiam ſumatur hic, ut ſumi debet haud dubie, pro qualicunque adjunctione filiali in alienam domum, ſine effectu poteſtatis, eodem modo, quo adoptati à feminis in earum familias & neceſſitudinem filialem adſciſcuntur *l.* 5. *C. de Adoption.* Reliqua

ad

ad hanc quæſtionem pertinentiæ non repetimus è *Prælect. ad tit. I. de Adoption. n.* 3.

Marcianus Lib. III. Inſtituit.

Quædam naturali jure communia ſunt omnium, quædam Univerſitatis, quædam nullius, pleraque ſingulorum, quæ variis ex cauſis cuique acquiruntur. l. 2. d. Diviſ. Rer.

1. Ex hoc loco Vir. Cl. & de Juris ſtudio præclare meritus colligit Marcianum ita ſentire; Communes atque publicas res nihil habere, quod *ſolidam ſapiat differentiam*, adeoque res caſdem eſſe, publicas & communes, quia de *publicis* nihil Marcianus, ut copioſe & facunde diſſeritur *lib.* 1. *Probabil. c.* 8. In quâ ſententia ſi fuerit Martianus, non poteſt, ut effugiat juſtiſſimum reprehenſionem; quando nec Civili neque Gentium Jure quicquam facile, quod evidentius & efficacius à ſpecie differat oppoſita, quam publicæ res à communibus diſtinguuntur, reperiri poſſe videtur. Juſtinianus auctor Juris nihilo quam Martianus deterior, ſic ait, *in pr. Inſt. de Rer. Diviſ. Quædam naturali jure communia ſunt omnium, quædam publica, quædam univerſitatis, quædam nullius, pleraque ſingulorum.* Cui loco è Martiani verbis deprompto ſive addiderit Imperator quod deerat; ſive à Martiani verbis, unum diviſionis membrum exciderit, quod cum hunc locum Cæſar ab eo ſumeret, in eo extiterit; Id nemo negare ſuſtineat, haud minorem eſſe Juſtiniani, res communes à publicis rebus ſeparantis auctoritatem, quam eſſe queat Martiani: Siquidem is aliter, de natura publicarum rerum, quod nollem factum, ſenſerit. Juſtiniani verba non dubitat etiam diſtincte vertere Theophilus; Τινὰ γὰρ φυσικῷ δικαίῳ, ἤτοι Jure Gentium κοινὰ πάντων ἐστι, τινὰ δὲ πύβλικα, ἤτοι δημόσια, id eſt, *Quædam enim Naturali ſive Gentium Iure, communia ſunt omnium, quædam publica*, id eſt, *populi propria.*

2. Dicamus, quo pacto hæ ſpecies à ſe mutuo diſtent: Communia ſunt, quæ ſic ſe habent, *ut primum à natura prodita ſunt & in nullius adhuc dominium pervenerunt*, ut aer, aqua profluens, mare & per hoc littora maris, item piſces & feræ, quemadmodum Neratius in *l.* 14. *d. Acquir. Rer. Dom.* & Juſtinianus in §. 1. *d. tit.* ac ipſe Martianus in hac *l.* 2. §. 1. & *l.* 4. finiunt. Publica verò ſunt, quæ in patrimonio liberi alicujus populi ſunt, ut idem Neratius in *d. l.* 14. loquitur, quibus accidit occupari à populo certo, veluti flumina & portus, quæ Martianus iterum & Juſtinianus publica dicunt, à communibus ſeparata locisque poſita diverſis. Accedit uſus gentium notiſſimus, quæ longe alio Jure in mari libero, quam in fluminibus utuntur. In illo jus navigandi piſcandique non patiuntur ſibi ab ullis mortalibus, modo injuriæ pares ſint, prohiberi vel pretio precibuſve concedi: in fluminibus quæ ſunt in cujuſque ditione, nemo adhuc ultro citroque navigandi piſcandique jus, invito Rege vel populo qui terras utrimque teneat, jure ſibi gratiſque deberi contendit. Quemadmodum igitur res quæ ſunt in patrimonio, quæque ſunt extra patrimonium, differunt acquiſitionis & occupationis jure vel ſecus, ita manifeſto res communes ſunt

Digitized by Google

extra patrimonium & *Nullius*, ut pote à nemine in dominium redactæ, ſed relictæ in ſtatu, quo à naturâ ſunt proditæ. Publicæ à gente aliquâ ſunt occupatæ, in patrimonium redactæ, ejuſque non aliorum populorum propriæ *dd. ll.* tam patente manifeſtâque ratione diviſionis, quam ullæ ſpecies in publico privatove jure reperiantur. Nec aliud facile videas in diverſum proferri; quam hoc argumentum; quod JurisCti aliique Scriptores aliquando publica tam latè ſumunt, ut etiam communia ſub illis comprehendant; quod & Neratius in *dd. l.* 14. & Juſtinianus in citato §. 1. & §. 5. *ejuſd. tit.* fecere; quandoquidem in Arte Juris nihil eſſe tritius quam ejuſmodi vel latas vel ſtrictas ſive proprias verborum ſignificationes, ſine rerum & differentiarum quas ſpecificas vocant, præjudicio, tot exemplis fere, quot diverſæ in Jure ſunt materiæ, conſtat. Collocavimus hac de re Digreſſionem in *parte 2. obſerv. Jur. lib. 2. c. 1.* ubi ad rationes diſſentiendi plures reſponſum eſt.

3. Sed Martiano quid faciemus? Nec enim ſi Juſtinianus & ratio juris gentium communes & publicas res ſeparant, ideo Martianus & hic locus confuſionis abſolvitur. Fiat criſis & dicatur, excidiſſe verba hæc; *quædam publica*; Fuiſſe illa in Martiano, cum Juſtinianus eum deſcriberet; deſcriptores Florentini exemplaris ingeminata voce *quædam* eſſe deceptos, ut typothetis uſu venit hodie noſtris. Quod ſi critici nil, niſi tali auctoritate atque neceſſitate fundamentorum juris imperante, mutarent, bene ageretur cum Veteribus. Verum ſi diſplicet criſis verbalis, ut in ſententias & fundamenta juris valeat criſis iniquior; dicam, in his verbis nihil negare Martianum, nec publica ſub communibus eſſe complexum; ſed ad contrahendam diviſionem, publica ſub univerſitatis rebus comprehendiſſe, ut aliàs fit: Ulpianus enim in *l. 17. d. Verb. Signif.* bona civitatum, quæ ſunt Univerſitates, inter publica refert; & ſane populus liber, quod ad patrimonium ſuum attinet, ab univerſitate nihil habet diverſæ comparationis. Quid vero de communibus & publicis rebus Martiano ſententiæ ſit, indicat in *l.* 4. §. 1. *h.* Ubi poſtquam naturali jure omnium communia eſſe docuiſſet aërem, aquam profluentem, mare & per hoc littora maris, ſubjungit ita; ſed *flumina pene omnia & portus publica ſunt.* Ergo non communia jure naturali, ut particula adverſativa exigit. Hanc evidentiam cur manu impediamus, pro *Sed*, legendo, *ſed &*, vel etiam ſine chirurgia per hanc explicationem, quod vocula *ſed* aliquando ſumatur pro *ſed &* cauſæ non videtur ſatis. Evidentem oportet eſſe neceſſitatem, quæ dictet ejuſmodi ſupplementum, cum heic ratio ſit in contrarium, adhiberi. Acquieſcamus igitur, ſultis, in hoc: Marcianus publica ſub Univerſitatis rebus primo complexus in *l.* 2. ne fieret nimis verboſa partitio; mox eorum diſcrimen à communibus explicuit in *l.* 4. §. 1. & ab Univerſitatis rebus in *l.* 6. §. 1. Juſtinianus in ipſâ diviſione diſcrimen apparere voluit; & rectè, licet omnino ita nec male Martianus.

Mar-

Digitized by Google

Martinianus lib. III. Inſtitut.

Et quidem naturali jure communia ſunt illa; Aer, aqua profluens, & mare & per hæc litora maris l. 3. §. 1. d. Rer. Diviſ.

1. Eſt hæc notiſſima juris Romani omniſque vetuſtatis eruditæ ſententia, mare non minus ac aërem jure naturali & Gentium non veniſſe in diviſionem & dominium, ſed manſiſſe totius humani generis commune, cum occupationis & diviſionis facultatem nullam recipiat, niſi quatenus acceſſio terræ in dominium redactæ fuerit; meritoque mirari licet, non modo gentes & Principes, pro eo quod intereſt ſua, verum etiam viros ſapientes & eruditos adverſam præ ſe ferre ſententiam, Juriſque Romani auctores hac parte erroris arguere, adeoque cenſuram in hunc Martiani locum aliaque plura moliri. Qua de re latiſſimus agendi Legeſque Romanas tuendi campus erat, niſi hoc argumentum penitus a nobis exhauſtum eſſet in *part.* 1. *Digreſſ. lib.* 4. *c.* 13. & aliquot *ſeqq.* quæ vel deſcribere, vel in compendium redigere non fert animus. Non magis, quam refellere ſententiam huic à Viris doctis præſtructam, qua communionem primævam rerum hujus mundi penitus eſſe commentitiam, volunt; quod eſſe contra ſenſus communis dictamen eodem *lib.* 4. *c.* x1. *& ſequ.* demonſtravimus. Quò proinde Lector facilis ſe remitti haud ægrè feret.

Florentinus Inſtitut, lib. VI.

Item lapilli, gemmæ, cæteraque, quæ in littore invenimus, jure Naturali ſtatim noſtra fiunt. l. 3. d. Rer. Diviſ.

1. Bachovius *ad h. l.* contra ſententiam Florentini diſputat in hunc modum; *Facile*, inquit, *adſentior Viro doctiſſimo Antonio Vaccæ, exiſtimanti, ipſos compilatores Juris noſtri non ſatis hanc rem intellexiſſe, qui paſſim ſine judicio male conſarcinatos centones nobis reliquerunt. Et prorſus conjunguntur vitioſe gemmæ & lapilli in littore maris, cum his quæ in l. 2. inſtit. proponuntur*, ubi hæc verba fuerant: *Et quidem naturali jure omnium communia ſunt illa; Aer, aqua profluens, mare & per hoc littora maris.*

2. Reſponſio. Non ſatis acutus ſum, ut videam, quodnam heic Triboniani vel compilatorum peccatum ſit à Florentino ſeorſum, ut vellent Bachovius & Vacca. Nam ſi Florentinus recte ſcripſerit, gemmas, lapillos & cætera in littore inventa jure naturali ſtatim noſtra fieri; non male, ſed aptiſſimè ſubjecit illa Tribonianus aliis rebus jure naturali communibus & occupationi obnoxiis, nominatim ipſis littoribus, ultimo loco in *l.* 2. poſitis. Quod ſi tota poſitio, ſicut à nobis heic præſcripta eſt, falſa ſit, Florentini ille prius quam Triboniani vel compilatorum error eſſe debet. Plane, ſi *ſubjectum*, quod dicitur hujus poſitionis ſolum intueamur, male ponuntur inter res naturali jure communes, lapilli, gemmæ & omnia quæ in litoribus inveniuntur; poſſunt enim eſſe fortuitò amiſſa vel

ejecta naufragio, qualia non acquiri inventoribus jure certo proditum eſt in § *ult. Inſt. de Rer. Div.* Cujus juris auctores quando ſcribunt, res in litoribus inventas naturali jure noſtras fieri, næ ſumus iniqui cenſores, qui hæc dicta aliter quam de rebus nullius è mari in littus ejectis, vel ibi primum natis, vel quorum dominus periit & nullus eſt, intelligamus, ac ita poſitionem veram eſſe fateamur: etſi clarius & certius potuiſſe collocari non eſt quod negemus.

Ulpianus L. LXVIII. ad Edictum.

Illud notandum eſt, aliud eſſe ſacrum locum, aliud ſacrarium: Sacer locus eſt locus conſecratus; Sacrarium eſt locus, in quo ſacra reponuntur, quod etiam in ædificio privato eſſe poteſt, & ſolent, qui liberare eum locum religione volunt, ſacra inde avocare. l. 9 §. 2. d. Rer. Diviſ.

1. Cum Juſtinianus antiqui Juris digeſtionem ita ſuſceperit, ut ſublato quicquid τὸ ὀρθῶς ἔχειν ἰδόκει, *perperam ſe habere videbatur*, jus purum & pium exhiberet; male conſultum videtur, quod ritus conſecrandi & evocandi ſacra mere paganus atque idololatricus adhuc implet definitiones Juris.

2. Non poſſumus negare, conſecrationes locorum & evocationes ſacrorum eſſe ritus paganos; Ulpianum, cujus nomen huic loco præfixum eſt, etiam fuiſſe paganum; Juſtinianum fuiſſe Principem Chriſtianum; ſed Tribonianus à Suidâ fuiſſe dicitur atheus: Cujus rei hoc eſſe argumentum nemo tamen dixerit. Cur igitur hic locus Ulpiani gentiliſmum præferens hic inſertus & non ſublatus eſt, tanquam οὐκ ὀρθῶς ἔχων? Certe, quin abeſſe potuerit hic locus, non eſt recuſandum. Verum tamen eſt, exponi ſaltem quid ſit in vetere Juriſprudentia locus ſacer & ſacrarium; Cujuſmodi res & loca tempore Juſtiniani, paganiſmo necdum penitus obſoleto, adhuc reperiebantur. Cui addendum, quod ſuperſtitio; fuit enim Juſtinianus ſeculo ſexto; jam tum invaleſcens, ſacras res & conſecrationes à paganiſmo vel judaiſmo ad uſum Chriſtiani cultus transferre cœperat. Evocationes quidem ſacrorum uſitatas fuiſſe Chriſtianis, non putem; Sed nec in his verbis quicquam ad eorum commendationem extat. Solitos ita duntaxat homines ſuperſtitioſos vel paganiſmo infectos inſtituere, id in illis commemoratur. Ideoque ſi abeſſe potuit hic locus, non eſt tamen ut ferri nullo modo poſſit. Niſi quis univerſam rerum ſacrarum, ſanctarum & religioſum differentiam è Iure ſublatam vellet: quatenus nihil characteris à conſecratione vel religione rebus imprimi certum eſt extra verbum Dei & ſigna gratiæ, quæ ſacramenta vocantur. Quod etſi puritati inſtitutionis evangelicæ conſentaneum ſit, ut ante hac à nobis ſcriptum & nullo jure à quibuſdam reprehenſum eſt, à juris tamen auctoribus nihil quam quod temporibus ſuis conſentaneum eſſet, collocari potuit. Sanè Tribonianus multa quæ commode è paganiſmo mutari poterant, emendare non neglexit; quomodo Wiſſembachius noſter obſervat & inter ejus emblemata refert, quod ubique pro Diis & Iove Deum ſubſtituerit. Atheiſmi Triboniana probationem Suidæ committimus.

Pompo-

Pomponius Lib. 11. ex var. Lection.

Si quis violaverit muros, capite punitur, ſicuti, ſi quis tranſcendet ſcalis admotis, vel aliâ qualibet ratione. Nam Cives Romanos alia quam per portas egredi non licet: cum illud hoſtile & abominandum: Nam & Romuli frater Remus occiſus traditur ob id, quod murum tranſcendere voluerit. l. ult. d. Diviſ. rer.

1. Wiſſembachius poſt Bachovium & alios ad *h. tit. n. ult. Falſa ratio*, inquit; *ut ipſe Romulus imperator & rector populum ſuum facinore præcelleret, parricidium fecit, inquit Minucius Felix in Octavio. Et Hieronymus ad Ruſticum monachum ep. 4. Roma, ut condita eſt, duos fratres ſimul Reges habere non potuit & parricidio dedicatur. Cui concinit illud Cypriani, Romulum & Remum unum non cepit imperium, quos unum uteri ceperat hoſpitium.*

3. Atqui non ait Pomponius, hanc rationem eſſe veram; ſed ita *traditum* ſcribit, ut ipſe retulit, quod facile tuetur. Livius, cum veriorem narraſſet rei geſtæ ordinem, ſecundum ea, quæ Minutius, Hieronymus, Cyprianus & alii tradidere, ſubjungit; *Vulgatior fama eſt ludibrio fratris Remum novos tranſiluiſſe muros; unde ab irato Romulo; quum verbis quoque increpitans adjeciſſet; ſic deinde, quicunque alius tranſiliet mœnia mea; interfectum.* Forte prior cauſa, poſterior occaſio cædis fuit. De fama tantum adſeverat Pomponius, quæ ad αἰτιολογίαν ipſi quidem ſufficiebat. Non eſt igitur falſa ratio, ſi maximè falſa ſit hiſtoria, quæ forte nec falſa, licet haud integra. Pomponius abſolutus eſt.

Ulpianus Lib. 2. de Senatoribus.

Senatores accipiendum eſt eos, qui à Patriciis & Conſulibus, uſque ad omnes illuſtres Viros, deſcendunt; quia & hi ſoli in Senatu ſententiam dicere poſſunt. l. ult. §. d. Senator.

1. Negat hæc eſſe ab Ulpiano ſcripta, Wiſſembachius noſter; *Falsò*, inquit, *Ulpiani nomine præſcripto.* Et Bachovius ad *h. t.* iſque duplici argumento; locutionis primo, quæ non ſit ab Ulpiani ævo, *Senatores accipiendum eſt eos*, ſed Tribonianæi magis, degenerantis; Altero, à qualitate Illuſtrium, quæ ſit etiam ſequioris ævi.

2. Quod ad priorem attinet rationem, fallitur acumen Bachovianum, vel memoria potius. Ulpianus enim eſt, qui loquutus eſt eodem modo: *Socium autem omnium bonorum accipiendum eſt l. 16. d. re Iudic.* Eodem modo æqualis & æmulus ejus Paulus in *l. 19. d. Novation. Exceptionem denegandum eſt.* Idem ex Sabino antiquiore JCto, *à capite rationem reddendum l. 19. §. 1. Negot. geſt.* Item, *permittendum eſt nepti utilem actionem l. 45. ſub. fin. Solut. matrim.* Imo & alii Scriptores bene vetuſti. Lucretius Lib. 1.

Æternas quoniam pœnas in morte timendum.

Varro de re ruſt. *Canes acres & paucos habendum.* Pithoe. noſ. *ad tit.* 14. *Collat. LL.*

LL. Moſaic. & Rom. Hæc igitur ratio magis eſt pro genuina hujus loci, ut ſic loquar, Ulpianeitate, quam pro inſcriptione falſi in Tribonianum.

3. Melius eſt argumentum à *dignitate Illuſtrium* & Patriciorum, quæ Græcanicæ originis ſunt, quo reſpectu Willembachius etiam noſter, *A manu Triboniani hæc verba ſunt*, inquit, *loco citato.* Mihi nulla cauſa videtur, quare prima & ultima verba non ſint Ulpiani γνήσια, *Senatores accipiendum eſt eos, qui in Senatu ſententiam dicere poſſunt:* media verba, *qui à Patriciis & Conſulibus uſque ad omnes illuſtres viros deſcendunt.*, eſſe Triboniani, ratio eſt quare putemus eſſe concedendum. Nam quod Patricii Conſulibus præponantur & inde fiat deſcenſus ad illuſtres, id equidem moris longe quam Ulpianus, recentioris eſt; ut pote ſcriptum ad exemplum ejus, quod in *Nov.* LXII. reperitur, ubi dictat Juſtinianus; Primum in Senatu locum dari Præfecto urbis; poſt hunc Patriciis, inde Conſulibus, qui nomen & umbram modo antiquæ dignitatis ſervabant; poſtea Conſulares ſedebant ordinarii, tum honorarii, quales qui inſignia adepti erant, honoris cauſâ, honorem non geſſerant. Poſt hos Pærfecti & magiſtri militum & tandem illuſtrium ordo virorum: Hæc ſi compendio inſeruit huic Legi ultimæ Tribonianus, non refragamur.

4. Dicat aliquis; hic tantum Patricii & Conſules memorantur, quorum cauſâ non opus eſt Ulpiani textum arguere emblematis. De Patriciis inſtituti veteris fateamur; de novis, qui Conſules præcedant, ut heic ordine fit, negatur. Olim Patricii fuerunt omnes Senatorii ordinis honoratiſſimi plebejis oppoſiti. Sed Conſtantinus Magnus Patriciorum dignitatem commentus eſt aliam; non qui Patres ciere poſſent, id eſt, à Patribus oriundi, ſed qui Patrum loco Principibus forent intimique à Conſiliis, πατὴρ τοῦ κοινοῦ, *Pater Reipubl.* Suidas. Rectius Gloſſarium vetus; *Patricius eſt, quem Imperator eligit ſibi in Patrem.* Sic enim & Juſtinianus in §. *filius fam Inſt. Quib. mod. Patr. pot. ſolv. & l. ult. C. de Conſul.* Hanc Imperator vocat *ſummam* dignitatem, in *d. §. Summam*; *Non quidem gradu*, notat Vinnius *illic*, *nam Conſulatus major eſt*; *ſed quia ad magnitudinem accedit dignitatis perpetuitas*, auctores laudans Baronem & Contium. Mihi Zeno Imperator alius & melior eſt auctor in *l. 3. C. de Conſul. Nemini*, inquit, *ad ſublimem Patriciatus honorem, qui cæteris omnibus anteponitur, adſcendere liceat; niſi prius aut Conſulatus honore potiatur, aut Præfecturæ Prætorio vel Illyrici*, ubi Conſulatus & Præfectura Prætorio ponuntur ut gradus adſurgendi ad Patriciatum, qui proinde major eſt Conſulatu, ſecus ac Vinnius; Cæterum clima à conſulatu & Præfectura Prætorio ad Patriciatum, poſtea remiſſum eſt in *N. 62.* Excellentia Patriciatus præ Conſulatu etiam ex ordine loci quem Patricius habet priorem in Senatu, adfirmatur in *d. N. 62.* Anteceſſit etiam Patricius Præfectum Prætorio, qui ſequitur Conſulem, ut heic etiam in ſerie Pandectarum Conſulis officium præcedit officium Præfecti Prætorio. Zoſimus de hoc Patricio agens Conſtantinum ſcribit προκαθῆσθαι τοὺς ταύτῃ ἠξιωμένους τῶν τῆς αὐλῆς ὑπάρχων; *præpoſuiſſe eum Patricios Præfectis Prætorio.* Et tamen Præfectus Urbi præcedit omnes *d. N. 62.* Imo vero Præfectus Prætorio major eſt omnibus, ἔχει γὰρ δευτέραν ἀρχὴν μετὰ τὰ σκῆπτρα, *proximam Imperatoriæ poteſtatem*, ut idem Zoſimus; Ab ejus ſententia non poteſt appellari Princeps *l. un. §. 1. d. Off. Præf. Præt.* contra quàm à ſen-

ſententia Præfecti Urbis *l.* 38. *d. Minor.* Sed diſtinguendum reor, inter poteſtatem & dignitatem, illâ vincit Prætorio Præfectus Conſulem & urbis præfectum, dignitate ſuperant iſti, ſaltem in ordine ſenatus; nam alioqui dignitate pares habentur. *l.* 1. *C. de Off. Præf. Prœt.* Temporibus etiam diſcrepant. Dignitas enim Præfecti Urbis in urbe & in Senatu præcelluit ab eo tempore; quo Præfectura prætorii ab urbe remota & diſtributa eſt in Orientem, Illyricum, Galliam & Africam, quod Conſtantinus Magnus inſtituit, referente Zoſimo *lib.* 2. & dignitatis diſcrimen indicat Juſtinianus in *d. N.* 62.

5. Supereſt de *Illuſtribus* in textu propoſito. Hanc vocem apud Romam veterem ſenatoribus peculiarem fuiſſe non legimus. In Codice paſſim occurrit, *& notat dignitatem omnibus aliis ſuperiorem, quæ cæteros omnes antecederet*, ut tradit Briſſonius de *V. S. voce Illuſtris.* Cum quo non laudatus Briſſonio, conſentit Iſidorus in *lib.* 9 *Origin. c.* 4. *Primi Ordines Senatorum dicuntur*, inquit, *illuſtres, ſecundi ſpectabiles, tertii Clariſſimi, jam inferius quartum aliquod genus non extat.* Acquieſcerem ego; niſi *illuſtrium* ſignificatio non conveniret cum hoc emblemate Triboniani, quod ab ipſo ἐμβλήματι) injectum eſt in hunc textum & auctoritatem habet ejus temporis indubitatam. Dicit enim Senatores eſſe omnes, qui jus habent dicendi ſententiam in Senatu, *inde à Patriciis & Conſulibus uſque ad illuſtres*, qua voce proinde cuncti Senatores inferiores comprehendi neceſſarium videtur. Idem indicatur in Nov. LXII. quam eſſe authenticam noſtri emblematis, ſaltem ejus explicatoriam, antea demonſtravimus. Ibi enim cum enumerati eſſent ordines Senatorum, juxta quam Senatus agebat conventus ſuos in hippodromis, hæc verba ſubjunguntur: *Et poſt hos Præfectorum & magiſtrorum militum & illuſtrium virorum ordo ponatur, omnes autem iſti habeant facultatem, in Senatu ſententiam dicere.* In illuſtribus ordo ſenatorius clauditur, eodem quo in hac *l. ult.* modo. Ubi igitur illuſtris ordo ſupremus omnium? Vide ne non rectius Gloſſarium vetus, τὸ *Illuſtrium* interpretetur ἀξιωματικῶν ἢ συγκλητικῶν *inſignium vel Senatoriorum.* Textus etiam à Briſſonio citatos excutienti vix apparebit, hoſce titulos in ſtabile diſcrimen honorum certorumque graduum invaluiſſe; verum & illuſtres dici aliquando clariſſimos, ſpectabiles, & parum abeſt, quin ſæpius illa verba promiſcuè accipiantur, in *l.* 22. *C. de Epiſc. vid. Nov.* 7. *in pr. & cap.* 1. quemadmodum etymologia facile fert, ut illiuſtres & clari idem ſignificent; etſi uſus aliter ferre poteſt hodieque aliter fert; niſi quod eruditi è Galliâ quidam clari homines ſe nomine illuſtrium mutuo nuper honeſtare cœperunt, ut in Germania *Excellentiæ* adhibentur.

6. Poſtremò, non videntur mihi Bachovius & Wiſſembachius aliique Tribonianum jure merito calumniæ falſive reum propter hoc ἔμβλημα, ſive hanc injectionem peragere, ſi reſpiciamus ad id quod Imperatorem Juſtinianum in Conſtitutione *dedit Deus*, profitentem audivimus; ſe omnem Pandectarum contextum facere ſuum, nec quicquam aliter quam τῇ αὐτοῦ γνώμῃ pro ipſius ſententia, conſequenter & uſu temporis acceptum velle; præmonitis Lectoribus, ut ſe nominibus auctorum ſupra ſcriptis decipi ne paterentur; ea tantum honoris & memoriæ cauſa eſſe præfixa: ubique ſe loquentem præſumerent exaudiendum; Quod ei non licuiſſe hoc modo inſtituere, nemo cum ratione contendere poteſt.

An autem id uſque quaque præſtiterit æquabiliter, in locis, quæ poſthac arguentur, videndum. Heic quidem loci compilatores abſolvendos puto.

Aurelius Arcadius Chariſius magiſter libellorum, libro ſingulari de officio Præfecti Prætorio.

Breviter commemorare neceſſe eſt; unde conſtituendi Præfectorum Prætorio officii origo manaverit &c l. Un. d. Off. Præf. Præt.

1. Præfectus Prætorio ſine prætorio, quod *locus* ſit, res ἄτοπος, *abſurda*. Nam τὸ ἄτοπον, quod vertitur, *abſurdum*, græcè nihil eſt aliud, quàm non habens *locum*. Qui volunt igitur Præfectum Prætorio non habuiſſe Prætorium quod fuerit *locus*, Præfecturam Prætorio ἄτοπον, id eſt, abſurdam faciunt, quod eſt contra hanc Rubricam. Pauci tamen ſed clari & docti homines ita ſentiunt; Præfectum Prætorio ſub Cæſaribus non habuiſſe Prætorium, quod fuerit *locus*; ſecus ac alii æquè docti homines & clari ſed multo plures, exiſtimarunt: quorum plerique Aulam ſive Palatium & Prætorium habent pro ſynonymis, quod uſus veterum in ipsâ Urbe Roma parum probat. Nos id non poſtulamus, ſed Prætorium fuiſſe apud Aulam ſive palatium ejuſque partem fuiſſe arbitramur. Cæterum, non eruditorum hujus ævi numerus, ſed auctoritas è veterum teſtimoniis ad rem pertinet. Jam ſcio, neminem expectaturum, ut quæſtionem, de qua ſpiſſus liber editus eſt in lucem, heic denuo perſequamur.

2. Hoc unum omittere non poſſum; quo demonſtrem, Prætorium fuiſſe *locum*, non cohortes ſparſas, ut volunt diſſentientes; nam hæ nihil ad jus, quo ſane pertinet hoc officium. Ante tempus Auguſti Prætorium fuiſſe *locum*, ſcilicet, Imperatoris tabernaculum in caſtris. In provinciis *Prætorium* eſſe locum; utique Prætoria ſumi pro locis, hæc ſunt in confeſſis. Auguſtum in urbe habuiſſe Prætorium apud Palatium, non poſſunt negare Dioni, nominatim id adfirmanti in *lib* LIII. Nec negant, ſed ajunt fuiſſe locum, in quo tenderent milites prætoriani. Bene eſt, nihil amplius poſtulo, quam quod *locus* fuit apud Palatium. Fuit apud idem Palatium, Cæſaris & Prætorio Præfecti *auditorium*, domus judicialis, οἴκισκος δικαστήριον, ut ipſi agnoſcunt ex Herodiano. Fuit igitur Prætorium, locus apud Palatium Cæſaris; fuit ibidem Auditorium judiciale. Ego utrumque conjungo; ut Prætorium pars judicialis & excubitoria Palatii fuerit. Illi conjunctionem nolunt, diverſitatem ſitus non monſtrant. Meum inter alia multa, probo ex apologiâ Pauli, ſive ex manifeſtatione cauſæ ſuæ, quam illi viderint, quid ſit aliud quam apologia. Hanc manifeſtationem Paulus *ad Philippenſes c.* 1. ſcribit uſu veniſſe in Prætorio. Sic teneo, Prætorium fuiſſe locum Palatinum, in quo milites excubarent, Prætoriani inde dicti, & in quo rei criminum manifeſtarent innocentiam ſuam, ubi judicia agebantur. Lector concludat, ſi velit, niſi adſumere malit, Paulum manifeſtationem innocentiæ ſuæ, feciſſe apud milites Prætorianos, domum ſuam commeantes, ut novus Auctor voluit, quo neſcio an quicquam ἀτοπώτερον ſani hominibus judicii in mentem venire potuiſſet.

3. Si-

3. Simul teneat reſponſum ad duo diſſentiendi argumenta, obiter. Primum, quod Prætorium in Urbe Româ nuſquam pro aulâ Principis aut loco memoretur, apud Latinos Scriptores. Ego; nec opus eſt: quia pars domus modica magnæ non capit nomen ſeorſim. Altera objectio; Tacitus (nemo alius adducitur) Prætorium uſurpat pro cohortibus Prætorianis. Ego; inde non ſequitur, non fuiſſe locum apud Palatium, quod Prætorii nomen habuerit, a quo cohortes ibi vicibus excubantes Prætorianæ dictæ ſint *è Prætorio*, non Prætorium. Quid ſi & ita in caſu recto? Tranſlatio foret ſubjecti pro adjuncto, continentis pro contento, quam vocant, haud inſolens Taciti ſtylo. Sic habet ſumma diſputationis; cui velim addas; à Conſtantino Magno Præfecturam Prætorii diviſam eſſe bifariam. Primo in quatuor Præfecturas regionibus Imperii diſcretas. Singulæ rurſus in binas ſpecies diſtinctæ ſunt, civilem & militarem. Jam ſi Prætorio Præfecti militarem & civilem, ut eſt, habuerint poteſtatem, Prætorium verò nihil quam cohortes militum fuiſſet, vox Prætorii ad officium militare vel unice vel imprimis referri debebat. Proinde cui in diviſione, militaris poteſtas in Cohortes obtigiſſet, hic Prætorio Præfectus; alter civilem nactus poteſtatem, alio nomine diſtinctus fuiſſet. Contra uſu venit; Nam qui civilem accepit poteſtatem duntaxat, hic Prætorio Præfectus; Militiæ autem Prætorianæ & Legionibus præpoſitus, Comes rei militaris eſt dictus, στρατηλάτης, ut Zoſimus in *lib.* 2. Hoc argumento eſt, Conſtantinum Latinis ſuctum vocibus & inſtitutis, homineſque ejus ævi, voce Prætorii non cohortes ſed juridicam ſedem intellexiſſe. Jam porrò collige, Prætorium ante Auguſtum non fuit militia; Tempore Conſtantini non fuit militia. Dic, quando cœperit eſſe militia, non locus, unde milites dicti ſint Prætoriani. Sed intelligo, hujuſmodi collectionibus abripi nos ad concertationem, cujus prolixitas magnum ſatis malum eſt, in *libro de Prætorio.* Subſiſtimus in loco, quem ſatis eſt vindicaſſe Aurelio Arcadio Chariſio magiſtro libellorum, cujus nomen ſuprà ſcriptum.

Julianus lib. 2. ad Edictum.

Præfectus Urbi cum terminos Urbis exierit, poteſtatem non habet: extra urbem poteſt jubere judicare l. ult. d. Off. Præf. urb.

1. Hæ quidem contradictoriæ poſitiones videntur. Termini urbis ſunt termini Juriſdictionis Præfecti ejus, qui extra illam non habet poteſtatem; ſiquidem nemo extra territorium ſuum jus dicere poteſt, vel ſi dicit jus, impune non paretur *l. ult. d. Iuriſdict.* Atqui jubere judicare eſt Juriſdictio; eſt enim judicis dandi licentia *l.* 3. *in fin. d. t. de Iuriſd.* Quomodo igitur, qui poteſtatem non habet extra urbem, illic jubere judicare poteſt? Hæc non cohærent. Ideo docti Viri lectionem ſollicitant.

2. Coraſius verba legis in *comment. ad h. t.* ſic edidit; *Præfectus Urbi cum terminos exierit, poteſtatem non habet; extra tamen poteſt judicare.* Intelligit non terminos urbis ſed Italiæ, intra quos Præfectum Urbi jus dicere poſſe tradit idem Ulpianus auctor hujus Legis *in pr. l.* 1. *h. t.* Sed tunc eadem manet difficultas;

quomodo extra eoſdem terminos jubere judicare poſſit. Debebat vocem quam ſuſtulit in primâ parte Coraſius *urbis*, addere in ſecundâ poſitione, loco *Et tamen* hoc modo; *Præfectus Urbi cum terminos exierit, poteſtatem non habet: extra urbem poteſt jubere judicare.* Sic enim ſenſus eſſet juridicus, ceſſare poteſtatem ejus *extra terminos* Italiæ, ſive ſpatii *centum millium ab Urbe &c.* quemadmodum explicatur vel reſtringitur, quod prius de Italiâ dictum erat, in §. 4. Sed eſſe diſcrimen poteſtatis ejus, dum eſt urbe, & quando eſt extra. Nam in Urbe, ubi ſedem imperii habet, ipſe judicat; extra urbem ipſe non dicit jus; verumtamen dare poteſt judicem. Hic ſenſus aliquanto commodior eſt, quam eſt is, quem Hotomannus infert *l. 4. obſ.* 13. qui minori laceratione textus, pro *extra urbem* in ſecunda poſitione legit, *intra urbem.* Sed eſt valde frigidum & otioſum, poſtquam dixerat JC.us, Præfectum urbi extra terminos urbis non habere poteſtatem, ſubjicere, cum intra urbem poſſe jubere judicare; cur etiam tunc non *Iudicare*? Magis placeret, inter duas hujus textus poſitiones adſpergi particulam *Nec*, *Præfectus urbi cum terminos urbis exierit, poteſtatem non habet*; NEC *extra urbem jubere judicare poteſt*; ut ultima ſit ampliatio prioris, tali ſenſu; Præfectus urbi nullam habet poteſtatem extra urbem, adeo quidem, ut nec judicem extra urbem dare poſſit.

3. Verumtamen magis eſt, ut à lectione Florentinâ recedendum non videatur, quod ſine ultima neceſſitate non admitti, intereſt vehementer Jurisprudentiæ. Sententia Ulpiani in poſitionibus noſtrâ Lege collocatis hoc modo commodè intelligi poteſt; Præfectus urbi ſedem Juriſdictionis ſuæ habet in urbe, nec eam extra urbem collocare poteſt; attamen quia cognoſcere & judicare poteſt de criminibus, quæcunque intra centeſimum ab urbe lapidem committuntur, mittere poteſt, qui extra urbem ſuo juſſu de criminibus ſtoris intra terminos officio ſuo præſcriptos, judicet. Hæc medicina ſufficit *ἀυτῶ χειρουργίας*.

Ulpianus lib. XXXVIII. ad Sabinum.

Barbarius Philippus, cum ſervus fugitivus eſſet, Romæ Præturam petiit & Prætor deſignatus eſt. Sed nihil ei ſervitutem obſtetiſſe, ait Pomponius, quaſi Prætor non fuerit. Atqui, verum eſt, Prætura eum functum. Et tamen videamus; ſi ſervus quamdiu latuit (in) dignitate Prætoriâ functus ſit. Quid dicemus, quæ edixit, quæ decrevit, nullius fore momenti? an fore, propter eorum utilitatem, qui apud eum egerunt, vel Lege vel quo alio Jure. Et verum puto, nihil eorum reprobari; hoc enim humanius eſt, cum etiam potuit populus Rom. ſervo decernere hanc poteſtatem: ſed & ſi ſciſſet, ſervum eſſe, liberum effeciſſet. Quod jus multo magis in Imperatore obſervandum eſt. l. 3. d. Off. Præt.

1. Hic textus vulgo obſcurus, perplexus & erroris auctor habetur; ideo multum vexatus, etiam correctus an *corruptus*, ut ait Wiſſembachius ad *h. tit.* à τῷ πάνυ Salmaſio, in *obſerv. ad jus Att. & Rom. c.* 14. Non capit hoc inſtitutum prolixam hujuſce textus expoſitionem; Dabimus aliquam paraphraſin, quæ ſit inſtar γλώττης & tollat ineptiam è conciſa oratione, qua viſum eſt uti Ulpiano.

2. *Bar-*

3. *Barbarins Philippicus* tempore triumvirali, *cum ſervus fugitivus eſſet*, Antonii favore *Præturam petiit*, & pro libero habitus, *Prætor deſignatus eſt*; *ſed nihil ei ſervitutem obſtitiſſe ait Pomponius*, *quaſi* idcirco *prætor non fuerit*, ut quidam voluerunt. *Atqui* Ut mihi videtur non fuit revera Prætor, etſi *verum eſt*, *eum prætura functum.* Et tamen de hoc ipſo *videamus*; *ſi ſervus*, *quamdiu latuit in dignitate Prætoria*, vere *functus ſit eâ*. *Qnid*, inquam, *dicemus*; *quæ edixit*, *quæ decreverit*, *nullius fore momenti*, quia ſervus fuit? *an fore* valida, *propter utilitatem eorum qui apud eum egerunt*, *vel lege*, *vel quo alio jure*? Et *hoc* præfero, *Eſt enim humanius*; ex tacitâ *populi Romani* voluntate; *qui potuit etiam ſervo*, *ſi voluiſſet*, *decernere poteſtatem* Prætoriam, vel potius, ut acta valerent, *ſi ſciſſet*, *ſervum eſſe*, *liberum effeciſſet*. *Quod jus* acta rata habendi, ex præſumpta voluntate, *multo magis in Imperatore*, qui jus populi habet, *obſervandum eſt*. Hæc ad ſenſum Ulpiani adſcrendum ſufficiant; etiam ad refellendum quod vir Cl. A. Matthæus *diſp.* 10. *Fundam. Jur. cujus inſcriptio*, *JCti ſæpe principium petunt*; iſtam rationem *hoc enim humanius eſt &c.* refert inter rationes otioſas ac inertes. Item ad refutandum quod hinc vulgò educitur, errorem jus facere, quod uſque eo producunt, ut etiam valere geſta per fœminam errore communi pro viro habitam & ad ſummum Pontificatum provectam, qualem fuiſſe aliquando Papiſſam volunt, exiſtimet Jaſon *ad h. l. n.* 57. quod refellit, ſcilicet, *Zoeſius ad h. t.* Rectius dixeris, errorem aliquando non impedire, quominus aliqui actus effectum juris obtineant, è tacita voluntate ejus qui τὸ κῦρος Civitatis habet, qui proinde cauſa Juris eſt, non error. Alias obſervationes paſſim apud Interpretes, obvias non attingimus. Vide ſis Buſium & Zoeſium hic poſt Goveanum 1. *var. lect.* 6. Cujac. 18. *obſ.* 33. Coraſium *in comment. ad h. l.* 3. Hiſtoriam Barbarii, vel Barbici habet Suidas *in Barbico*.

Martianus Lib. 1. Inſtitut.

Apud Legatum Proconſulis nemo manumittere poteſt, *quia non habet jurisdictionem talem l.* 2. §. 1. *d. Off. Proconſ. & Leg.*

1. D. Ant. Matthæus *diſp.* 1. *fundam. Iur. th.* 2. *Sæpe numero apud Iuris auctores*, inquit, *otioſas ac inertes rationes invenias*, *quæ vel duntaxat ad ornatum ſpectent*, *vel bis idem inculcent*, *vel à ſententiâ propoſitâ penitus alienæ videantur*, *denique tales ſint*, *ut non immerito rationem in ratione deſideres. Exemplis nonnullis id oſtendam*, ait, quorum primum è *textu præſente petitum eſt*, in quo ratio videtur eſſe ætiologica verbis ſed tautologica re ipſa, perindeenim eſt ac ſi diceret, *jus manumittendi non habet*; *quia tale jus non habet*. Ego de hoc quidem textu aliter exiſtimo & hanc rationem reddo. Quædam Magiſtratibus competunt Jure magiſtratus ordinario; quædam nonniſi ex ſpeciali Lege vel Conſtitutione Principis, & hæc opponuntur officio Magiſtratus *l.* 6. §. 2. *d. Tutel.* Quando igitur Magiſtratui tale quid negatur, quod legem requirit ſpecialem, ſi quæras, quamobrem id ei negetur, ἐμφατικῶς hæc ratio redditur; quia non accepit Juriſdictionem talem, quæ lege videlicet aut conſtitutione ſpeciali competere

Digitized by Google

debebat; cum ſi rebus ordinariæ Jurisdictionis hæc ratio adſcriberetur, utique tautologia eſſet. Atqui ad extraordinarium genus rerum, quæ non ex Juriſdictione ſimplici, ſed ex Lege ſpeciali Magiſtratui competunt, pertinet etiam manumiſſio, de qua in hoc textu, juxta reliquos actus voluntariæ expeditionis *l. 4. d. tit. de Off. Proc. & Leg. l. 4. d. Adopt. l. 1. C. eod.* Hæc expoſitio fiet evidentior ex his quæ dicentur ad *l. ſequentem.*

Calliſtratus lib. VI. de Cognitione.

Procuratores Cæſaris jus deportandi non habent; quia hujus pœnæ conſtituendæ jus non habent. l. ult. in pr. d. Offic. Procur. Cæſ.

1. Ejuſdem hic textus eſt notæ cum præcedente; Tautologia manifeſta, vel *petitio principii*, ut D. Matthæus *d. diſput. th. 3.* cenſet. Quod an ita ſe habeat, ut videamus, placet hujus loci poſitionem mutare in quæſtionem. An procurator Cæſaris, jus deportandi habeat? Fuerunt autem Procuratores Cæſaris vel mere rationales, qui rem Cæſaris, id eſt, Fiſcalia & patrimonialia curabant *l. 1. & 2. h. t.* vel qui jus Præſidis habebant, qualis pontius Pilatus in Judæâ, Tacito Procurator Cæſaris dictus *l. 15. Annal.* quem Matthæus in Evangelio *c. 27. n. 2.* & Joſephus 18. *Antiquit. c. 5.* vocant ἡγεμόνα *Præſidem.* De hoc quæritur, an jus deportandi habeat. Negatur. Oppono; Habet jus Præſidis & merum Imperium *l. 4. C. ad L. Fab. de plag. l. 2. de pœn.* adeoque jus cruci figendi, quod Pilatus habuit & ſine controverſia provincialium & ſine notâ Taciti exercuit. Quidni igitur deportandi jus, quod eſt multo minus, habeat? Reſpondet aptiſſime Calliſtratus, quia hujus pœnæ conſtituendæ jus non habet, minime ταυτολόγως, *inerter aut frigidè.* Vult dicere; non ſufficit, quod habet jus Præſidis & merum imperium, quia jus deportandi non habet, niſi poteſtatem ad hanc pœnam conſtituendam ſpecialiter acceperit. Quid? quod ipſe Præſes, qui jus gladii, in metallum dandi & quælibet ultima ſupplicia irrogandi habuit *l. 6 § 8. d. Off. Præſ.* tamen deportare non potuit. Nam Præſidem deportare non poſſe, nulla dubitatio eſt, ſcribit Ulpianus in *l. 2 §. 1. d. Pœn.* De hoc ἀπροσδιονύσῳ vel παραλόγῳ & prope abſurdo, circa Præſidis officium, homines docti enixè laborant. Diſtinctionem Merillii & Wiſſembachii, inter Præſides univerſarum & ſingularum Provinciarum, non valere demonſtravimus in *lib. 3. Digreſſ. c. 7. & in Prælect. ad tit ff. de Offic. Præſ.* Quur igitur Præſes, aut Rationalis aut Procurator Cæſaris, etſi jus gladii habeant, non poſſunt deportare, niſi acceperit *hujus pœnæ conſtituendæ jus* ſpecialiter? Quia deportatio fuit pœna *Status*, ut ſic loquar, illuſtribus aut notabilibus irrogari ſolita perſonis, quam Principes ſibi vel ſuæ diſpoſitioni peculiari reſervarunt, ut in *locis citatis* probavimus. In *l. 1. §. 4 d. Legat. 3.* ubi enumerantur, quibus hoc jus conſtituendi pœnam deportationis datum eſt, verba ſunt Ulpiani: *A Præfectis vero Prætorio, vel eo qui vice Præfecti ex mandato Principis cognoſcet, item à Præfecto urbis deportatos; quia ei quoque epiſtolâ Divi Severi & Imperatoris noſtri jus deportandi datum eſt, ſtatim amittere civitatem.* Quomodo autem Præſides &

qui

qui jus Præſidum habent, Procuratores, in deportando procedere debeant, Ulpianus docet in *l.* 6. § 1. *d. Interd. & releg. Præſides*, inquit, *Provinciæ quoties aliquem in inſulam deportandum putent, hoc ipſum adnotare debent; Nomen vero ejus ſcribendum Principi, ut in inſulam deportetur: ſic deinde Principi ſcribere, miſſâ plenâ opinione, ut princeps æſtimet, an ſequenda ſit ejus ſententia deportarique in inſulam debeat.* Sic etiam Præſides non potuerunt liberam mortis facultatem præbere damnatis, etſi ad mortem damnare potuerint *l.* 8. §. 1. *d. Pœn.* Dictum ſatis eſt ex quo Cenſuræ in hunc locum iniquitas agnoſci poteſt.

Ulpianus lib. 1. de Off. Proconſ.

Non vero in totum Xeniis abſtinere debebit Proconſul, ſed modum adjicere: neque moroſe in totum abſtineat, neque avare modum xeniorum excedat; quam rem Divus Severus & Imperator Antonius elegantiſſimè epiſtolâ ſunt moderati, cujus epiſtolæ verba hæc ſunt. Quantum ad Xenia pertinet, audi, quid ſentiamus: Vetus proverbium eſt, οὔτι πάντα, οὔτι πάντοτε, οὔτι παρὰ πάντων; *nec omnia, nec omni tempore, nec ab omnibus. Nam valde inhumanum eſt, à nemine accipere, ſed paſſim viliſſimum, & omnia avariſſimum. Et quod mandatis continetur, ne donum vel munus Proconſul, vel qui in ejus officio erit, accipiat ematve quid, niſi victus quotidiani causâ, ad xeniola non pertinet, ſed ad ea quæ edulium excedant uſum. Sed nec Xenia producenda ſunt ad munerum qualitatem l.* 6 §. 3. *d. Proconſ.*

1. Primo quidem grammaticus nolim Cenſor accedat, qualis *Calepinus*, qui in voce *Non*; docet, Latine dici, *non autem*, Latine non dici, *non verò*. Ulpianus ſibi ipſe idoneus auctor eſt in contrarium: Sunt enim auctores Pandectarum ſuo merito claſſici, ut loquuntur, nec accipimus hanc quidem Cenſuram: etſi verum eſt, uſitatius & forte commodius dici *non autem*, quam *non vero*, nec ſi magis hoc obſervandum quis putet, quam imitandum, valde reſtagemur; etſi quod vulgò parum ad hoc attenditur, etiam ab his, quibus id ſtudium vita eſt, non tam reprehendimus, quam exemplum eſſe nolumus.

2. Altera eſt à re ipſa prægnantior cenſura. Male conſultum videtur, quod hac xeniorum indulgentiâ Magiſtratibus occaſio corruptionis ſuppeditata fuit; experientiâ docente, nihil eſſe pronius, quam ut xenia producantur ad munerum qualitatem, quod ut Legibus, quemadmodum heic fit, reſtringatur, uſque perrumpit. Unde Groenewegius *tract. de Legib. abr. ad h. t.* mores hodiernos ad hanc indulgentiam, ut bonis moribus adverſam non convenire ſcribit, laudans Bugnonium, Meinardum alioſque ὁμοψήφους, de uſu populorum idem ſententes. Fuit eadem ſententia Procerum Belgii Fœderati, quando poſt pacem Monaſterienſem, Magiſtratibus & nominatim Legatis ſuis non modo vetuerunt accipere dona, munera, ſed etiam xenia, ſub fide Jurisjurandi, & pœnâ repetundarum; quæ Lex obſervantiam integræ fere generationis humanæ tulit; verum exinde quaſi poſtliminio res exiit, evaſit, erupit in veterem conſuetudinem, admiſſis non modo xeniis, ſed etiam donis & muneribus in Legatis, non æquè in Magiſtra-

giſtratibus; Etſi in his quo rigidior eſt prohibitio, infeſtior ſolet eſſe παρανομία; ſed facti non juris; hæc autem Legis Civilis indulgentia juris quoque ſpeciem induit Corruptioni, de quâ dictum vetus eſt,

Δῶρα Θεὺς πειθεῖ χὼ αἰδοίους βασιλῆας.

Dona Deos vertunt ipſos, regeſque timendos;

ut etiam xenia ſi minus animos invadant, tamen illis obrepant: Inani limitatione; quando ita compertum eſt, ſolere facilius homines abſtinere præcis è, quam modice vetitis & concupitis uti.

3. Pro defenſione Juris Romani Groenewegius, obtinuiſſe monet, reſpectu Præſidum & Proconſulum, qui procul à domo in Provinciis peregrinabantur, à quibus noſtri Magiſtratus domi res agentes, ſeparandi ſint. Infirma ratio & ἀπροσδιόνυσον, quæ magis hodie militet in Legatis, quibus tamen hanc rem, à noſtratibus imprimis, vetitam fuiſſe diximus. Id agendum potius, ut hanc Romanæ diſciplinæ partem ſine fuco & ineptiis, rectâ via defendamus; uti nec in ſe turpem, nec ob periculum conſequentiæ vituperandam. Miſeros oporteat eſſe Magiſtratus de vili plebe non ſolitos eligi, qui vilibus edulium xeniolis à rigore juſtitiæ in transverſum agantur. Magis eſt, ut tam abruptus rigor ad moroſitatem & horridam inhumanitatem, quam ad integritatem & abſtinentiam accedere videatur, ac ita pleriſque de ipſo Belgarum erga Legatos ſuos inſtituto, quandiu in hoc rigore duravit, viſum fuit, etiam aliquando in hoc exemplo; Legatis Belgicis ſapientiſſimis viris anno hujus ſeculi LVI. à magnificâ Gedanenſium Republica, pro more xenia fuerant oblata, recuſata ſcilicet, Rectores urbis pro ſua generoſitate cum legatos dimittere nollent inhonoratos, convivium ſe illiſque dignum apparari juſſerunt, in quo xenia conſumpta, & aliquanto plus, ut res erat, impenſum fuit. Inter epulares fabellas non omiſſa fuit hæc comparatio, habere legatos xenia juxta convivales lautitias, quæ etſi longe pluris, quam xenia, tamen non eſſent prohibitæ: Temperamentum Severi & Antonini plenum eſt moderationis, elegantiæ & humanitatis: Quin ſi, quod res eſt, dicendum, pejor eſt hominum de tam præciſa ſerveritate in occultum, quam de ſimplici & apertâ xeniorum admiſſione præſumptio. Nec fidem habeam Gronewegio, noſtris Judicibus hæc promiſcuæ humanitatis imitamenta eſſe interdicta; non utique in noſtra Curia, quæ cum nulli in Belgis ſanctitate vel gravitate cedat, etſi morem accipiendi xenia, cum Cæſareo hujus loci temperamento, ſine ulla in deterius hominum ſuſpicione, rarius uſurpet, haud tamen exiſtimavit eſſe prohibendam.

Ulpianus lib. 1. Opinion.

Veritas rerum erroribus geſtarum non vitiatur, & ideo Præſes provinciæ id ſequatur; quod convenit eum ex fide eorum quæ probabuntur exiſtimare. *l. 6. §. 1. d. Off. Præſ.*

1. Obſcuritas & iniquitas hujus loci arguitur. Obſcuritas conſequentiæ haud tralatitia videtur; *Veritas rerum geſtarum erroribus non vitiatur*; Id eſt, non error

ror, ſed veritas rei geſtæ judicem movere debet. Bene; ſed quid inde ſequitur? Ideo Præſes acta & probata ſequi debet, idque licet aliter ipſi de facto conſtet, ut communiter hinc obſervatur. Hoc non cohæret, nam ita veritas per errorem vitiatur. Quod enim ſcit Judex, id eſt verum; quod probatur, id eſt erroneum: & tamen id ſequi debet præſes; quod idem ſcilicet *iniquum* eſt. Cui abſurdo amoliendo multi hunc ajunt hujus loci ſenſum videri; non eſſe judicandum ſecundum acta & probata, ſi ab allegatis & probatis veritas rei aliter judici viſa fuerit, ut Zoeſius loquitur *hic* & deſcripſit ex eo Gotofredus. Sic etiam Coraſius 4. *miſcell. c.* 14. Idque valde probat, aliorumque interpretationes contemnit Groenewegius ad *h. l.* Verius eſt, nec interpretationem hanc eſſe rectam neque ſententiam. Non interpretatio, quia ex theſi, *veritas errore non vitiatur*, ab Ulpiano educitur hoc πό-ρισμα; Ergo ſequendum eſt id quod probatum fuerit, quod pro vero habetur, eique opponuntur errores opinionum aut *geſtorum* ſive *actorum* mendæ. Nam Hotomannus haud inconcinne legit hoc modo; *Veritas rerum, erroribus geſtorum, non vitiatur*, ut *geſta* ſint acta judicialia, ut in *l. ult. C. de Judic.* Nam trajectio illa verborum, in editione Florentinâ, *veritas rerum erroribus geſtarum*; non eſt valde Ulpianea. Certe iſta propoſitio quam illi ex his verbis afferunt, non bene deſcendit ad literam; ut Accurſius ajebat. Nec etiam pro ſententia Juris ſatis tutum eſt, Judici poteſtatem facere, prætextu ſcientiæ ſuæ quæ tam ficta, quam vera eſſe poteſt, contra fidem actorum, demptis mendis, & contra teſtium adſeverationes judicare de cauſis facti; quâ de re graviter Cujacius in *lib.* 12. *Obſ. c.* 19. nec minus graviter Africanus junior, qui Cenſor C. Licinium Sacerdotem, quem pejeraſſe ſciebat, cum aliunde probari non poſſet, notare non ſuſtinuit, ut auctor eſt Valerius Maximus.

2. Quid igitur, an contra ſuam conſcientiam feret ſententiam, qui judicare debet ita, ut *religio illi ſuggerit l.* 79. §. 1. *d. Iudic.*? Enimvero quominus abſolvat accuſatum non debet eum deterrere conſcientia, ſi quem ipſe novit eſſe reum, hunc à teſtibus abſolvi aut à nemine convinci videt, aut accuſari: quando non ex ſola ſcientiâ ſed è præſcripto Legum, quarum miniſter eſt, officium exercere debet. Ut verò innocentem à ſe cognitum damnet, facere non oportet; excuſare ſe hactenus à judicando ſatius eſt. Hoc Azo conſilium dedit Præſidi Bononienſi, etiam in priore caſu, quo teſtimonium perhibere poſſet. Et tutius eſt hoc quidem, ſi quis officii publici neceſſitatem à conſpectu ſimplici conſcientiæ ſuæ dividere nequeat. Aliter ſenſerunt in Curia Friſiorum, qui olim formulam Jurisjurandi Advocatis præſcripſerunt, hac inter alias exactâ promiſſione, quæ adhuc durat & præſtatur; cauſam malam ſcientes non ſuſcepturos aut ſi talem ex poſt facto deprehendant, nihil ſe dicturos aut ſcripturos, *niſi quod dicere vel ſcribere juſſi fuerint.* Ergo quæ falſa, iniqua eſſe ſciunt, ea dicere poſſunt? Ita non ex ſuâ conſcientiâ, verum ex officio Advocatorio & vocis aut calami addictæ addictive clientibus ſuis miniſterio, ut quidem videtur; niſi his alia mens ſit, quod meliori ego quidem interpreti relinquo. Legatos omni die multa dicere cogunt principes, quæ ſciunt illi ſecus ſe habere. Moniti hac de re Legati cujuſdam illuſtris & Potentis Reipbubl. ad Regem Svetiæ anno MDCLVII. à Paſtore ſuo, quod ex ipſo

Digitized by Google

accepi, reſponderunt, ſe noſſe diviſionem ſuæ conſcientiæ à neceſſitate miniſterii publici.

3. Verum ſive hac diſtinctione conſcientiæ ſeorſim conſulatur, ſive illa perplexis ipſam involvat, an opus eſt, ut hunc locum ab illa ancipiti controverſia vindicemus? Mihi non videtur. Nulla enim hic oppoſitio inter conſcientiam & acta, probata; ſed monitum ſimplex, non eſſe quod judices, erroribus opinionum occupari ſe patiantur; eſſe quod ſequantur, ſolidius; quod ex probationibus liquet, *eos convenire* (ſequi) ut videtur ſubintelligendum, aut *exiſtimare:* Aliter enim hæc phraſis, *convenit eum*, δοκοῦμαι, vix latina fuerit. Quæſtionem de conflictu probationum ſcientiæque alibi tractavimus, ad *tit. Inſt. de Off. Iud.* quibus hæc, & his illic dicta jungi velim.

E U-

EUNOMIÆ ROMANÆ,

JUXTA LIBRUM II. PANDECTARUM, VINDICIÆ.

Ulpianus Lib 11 de Off. Quæſt.

IMperium aut merum eſt aut mixtum eſt. Merum Imperium eſt, habere gladii poteſtatem, ad animadvertendum facinoroſos homines, quod etiam Poteſtas appellatur. Mixtum eſt Imperium, cui etiam Juriſdictio ineſt, quod in dandâ bonorum poſſeſſione conſiſtit. Iuriſdictio eſt etiam judicis dandi licentia. l. 3. d. Iuriſdict.

1. Vir Cl. Antonius Matthæus ſcripſit inter fundamentales unam diſputationem, cujus hæc inſcriptio eſt, *Capita quædam Iuris non admodum inter ſe cohærentia.* Inter quæ, textus ſupra ſcriptus, ſi quis alius, merito referri poſſe videtur. De mero Imperio nihil ad hoc inſtitutum pertinens movebimus Sed Imperii vox oppoſita Juriſdictioni, quæ eſt civilis Magiſtratuum poteſtas, ſignificat armatam poteſtatem, quæ Magiſtratibus olim à populo ſpeciali Lege Curiata nominatim dabatur, ut Feſtus in *Imper.* Hoc ita in Præfectis Provinciarum, æquè in Magiſtratibus urbanis obtinuit, ut Juriſdictio quidem illis hoc ipſo, quod erant Magiſtratus, Imperium non aliter quam ex Lege ſpeciali competeret. Quia tamen Juriſdictio ſine ulla poteſtate armata res inefficax & elumbis erat, placuit, minores imperii partes, quæ modicam facerent coërcitionem, ab Imperio decerpere & cum Juriſdictione conjungere, quam poteſtatem dixere *Mixtum Imperium*, quia Juriſdictioni conjunctum & cum ea quaſi mixtum erat. Reliquæ partes Imperii ſuperiores, ſeorſim à Juriſdictione ſemper habitæ in oppoſitione mixti, Merum Imperium dictæ ſunt: Nam merum eſt, quod non eſt mixtum. Omne igitur Imperium ex uſu vocis antiquo, armorum jure conſtabat. Merum gladii poteſtate, *hac l.* 3. Mixtum modicâ coërcitione *l. ult.* §. 1. *d. Off. ej. cui mand. Iuriſdict.* ubi Paulus, mandata Juriſdictione docens imperium, quod non eſt merum, tranſire, hanc reddit rationem, quia *Iuriſdictio*

ſine modicâ coërcitione nulla eſt; eoque pertinet multæ dictio, pignorum capio, manus militaris, Carcer & reliqui executionis modi, adeò ad Jurisdictionem explicandam neceſſarii, ut ne Magiſtratibus quidem municipalibus negentur *l. ult. d. decret. ab Ord. fac. l. 29. §. 7. ad L. Aquil.* ſicut iiſdem tribuitur modica caſtigatio *l. 12. d. Iuriſd.*

2. Sed cum hac inſtitutione non conveniunt hujus Legis verba, *Mixtum eſt imperium, cui etiam Iurisdictio ineſt, quod in dandâ bonorum poſſeſſione conſiſtit.* Quomodo accipiendum ſit, quod Jurisdictio ineſſe dicitur imperio mixto, jam intelleximus; ſed quod idem imperium mixtum in danda bonorum poſſeſſione conſiſtere dicitur, omnia turbat. Nam dare bonorum poſſeſſionem nihil eſt aliud, quam cauſâ cognitâ decernere, quis ſit bonorum poſſeſſor, id eſt, heres Prætorius *l. 3. §. 8. d. Bon. poſſeſſ.* Quod ſi tale decretum facere, ſit mixti imperii, ego quæro, quæ ſit differentia ſpecifica Jurisdictionis & mixti imperii, quas eſſe res diverſas inter Interpretes convenit & mox probabitur; quæro nec invenio. Nota eſt Antonii Fabri ſententia, qui ut recte ſtatuit, dationem bonorum poſſeſſionis, non poſſe niſi Jurisdictionis eſſe, lectionem mutat, & pro, *quod*, in textu legit, *quæ* Si quis id gravetur, is ita videat; Imperium mixtum & Jurisdictio ſunt res diverſæ *in abſtracto* ſenſu. In concreto ſunt idem: ſemper enim in iiſdem perſonis reperiuntur. Idcirco Jurisdictio ſic aliquando ſumitur, ut imperium mixtum amplexu ſuo prehendat. In *l. Un. §. 1. Si quis jus dicenti non obtemp.* dicitur ille non obtemperaſſe jus dicenti, qui quod extremum eſt in Jurisdictione non fecerit, id eſt, qui executioni ſe oppoſuit. Atqui executio eſt Imperii mixti; hoc ita cum Jurisdictione conjunctum eſt in iiſdem ſemper Magiſtratibus, ut ſub eâ comprehendatur. Quid vetat Imperium mixtum pari paſſu cum Jurisdictione ambulans, ita ſumi, ut Jurisdictio in eo comprehendatur; quo ita quæ Jurisdictionis ſunt Imperio mixto adſcribantur.

3. Hanc interpretationem optime ferunt verba *d. l. 3. Mixtum imperium, cui etiam Iurisdictio ineſt.* Sunt qui liquidius huic difficultati medentur accipiendo hæc verba in eum ſenſum, ut Jurisdictio & mixtum imperium non modo in concreto, ſed etiam, in ſe, penitus eadem res intelligantur, quod noviſſimè eleganter adſtruit Vir Cl. *lib. 1. de Iurisd. c. 2.* adoptata Cujacii ſententia, quam is habet 21. *obſ.* 30. quem ſibi contrarium eſſe putat D. Wiſſembach. *ad h. t. th. 25.* quod ſcripſerit, Duumviros Iurisdictionem habere, Imperium non habere in *l. 35. C. de Decur.* Sed ille Iurisdictionem & mixtum Imperium confundit in Magiſtratibus Romanis, non etiam in municipalibus, quod & Cl. Noodtius ſequitur. Eſt eadem ſententia Scipionis Gentilis 1. *de Iurisd. c. 3. & 4.* & aliorum, quos laudat D. Wiſſembachius *d. t. h. 25.* ſed diſplicuit hæc opinio Interpretibus communiter, haud immerito; quia Imperium mixtum Iurisdictioni toties ubi de utroque *προηγουμένως* agitur opponi videmus, ut eadem res haberi non poſſint, niſi reos facere velis Iuris conditores ejus inſaniæ, quam M. Tullius arguit in his, qui verba ſine ſenſu proferunt. Mixtum eſt Imperium, quod jurisdictioni cohæret; quod mandata Iurisdictione tranſit *l. 2. inf. d. Off. ej. cui mand.* Paulus. *Mandata Iurisdictione privato etiam imperium, quod non eſt merum videtur mandari l. ult. § 1. eod.* ETIAM, notat res diverſas, præterquod ſubjecti & prædicati

oppoſi-

Digitized by Google

oppoſitio idem manifeſtò arguit; ut jam textus, quibus in municipalibus magiſtris eadem differentia conſignata fuit, omittamus. Quando etiam hcic Imperio mixto ineſſe dicitur Iurisdictio, ſi quis utroque termino eandem rem deſignari putet, nimis inſulſum exponat Ulpianum. Quod enim ineſt alteri, ab eo diſtinctum ſit oportet, aut ſubjectum & adjunctum confundit. Pacta conventa ineſſe bonæ fidei contractibus dicuntur in *l. 7. §. 5. d. Pact.* ſiquis ibi pacta velit ipſos eſſe contractus, rem ſtatuat ipſis verbis & univerſo juri contrariam. In *empto paratum ineſſe; in parato non continuo emptum l. 47. §. 1. d. Legat. 3.* Id eſt, latius patet vox *parare quam emere*; Quemadmodum ſpecies ineſt generi *l. 5. D. Unde Legit.* Vir Cl. unum locum reperit, quo *ineſſe alicui*, ſignificet *idem eſſe* in *l. 7. §. 10. d. Pact.* ubi; *fraudem dolo ineſſe.* Verius eſt, ibi quoque dolum eſſe genus; ſignificans omnem fallaciam & calliditatem; fraudem eſſe Damnum malitioſum, quod non eſt in omni dolo. Sic fraudem pati *l. 1. § 1. d. Indic.* In fraudem induci *l. 95. §. ult. ad L. Falcid.* Papinianus: *Fraudis interpretatio ſemper in jure civili non ex eventu duntaxat, ſed ex conſilio quoque deſideratur l. 79. d. R. I.* Adducitur & Ovidius, qui in *Heroid epiſt. 17.* ſcripſit ita:

Ipſe mihi quoties, iratus adultera dices
Oblitus noſtro crimen ineſſe tuum,
Delicti fies idem reprehenſor & auctor.

Non dicit unum idemque eſſe crimen; ſunt plane duo crimina duarum perſonarum, ſed unum in eſt alteri, ut nos volumus. Unum arguit alterum. Imperium & Jurisdictio miſceri dicuntur in iisdem perſonis, non eſſe rem unam eandemque, quod illi vellent.

4. Utuntur & aliis textibus, in quibus Imperium ſignificat Iurisdictionem & ſimul imperium mixtum; quibus nihil in rem ſuam conficiunt Viri Cll. Utique enim Imperium ſimpliciter dictum ita ſumi, ut omne Magiſtratus Romani officium per excellentiam ſignificet, non dubitatur *l. 2. d. In jus voc. l. 215. d. V. S. l. 7. §. 14. d. Pact. junctâ l. 1. §. 9. d. oper. nov. nunt. l. 12. §. 1. d. Indic. l. 2. d. Adoption. l. 13. §. 4. Ad Sc. Trebell.* Hoc ſenſu videtur etiam accipienda vox Imperii in *l. 4. d. Iurisd. & l. 26. D ad Municip.* Nam ſi Imperium mixtum illic intelligamus, in eodem luto hærebimus; cum in iis locis juſſio Prætoris de cautione præſtanda & reſtitutio in integrum, quibus nihil quam jus dicitur, ad Imperium referantur: Si hoc eſt mixtum Imperium, nunquam mihi ſummam differentiæ inter Imperium mixtum & Iurisdictionem deſignabis. Quod dices, in iis locis Imperium Jurisdictioni opponi, & hanc oppoſitionem arguere mixtum Imperium, cum ratione negabo: Nam mixtum Imperium etiam competit, ut dictum eſt, municipiorum Magiſtratibus; at his reſtitutio in integrum & cætera, quæ imperii magis ſunt quam Jurisdictionis, negantur *d. l. 26. ad Municip.* Imperium igitur non eſt mixtum, ſed excellenter dictum, quod opponitur Iurisdictioni vulgariter dictæ, quæ magiſtris etiam municipalibus adſcribitur. *l. 12. d. Iuriſd. l. 29. Ad Municip.*

5. Poſtremo, negligenter nimis Ulpianus Iurisdictionem unico exemplo finit: Ita ſane, ſi definire voluit; Sed non eſt id ei propoſitum hoc quidem loco; rei naturam obiter exemplo demonſtrat τυπωδῶς. Quænam eſt igitur definitio? Nos

utimur Cujaciana; Notio jure Magiſtratus competens. Imo legitima Jurisdictio, dices, non competit jure Magiſtratus; quod eſt verum de legitima Jurisdictione, quæ vulgo ita dicitur; ſed etiam verum eſt, nullam dari Jurisdictionem legitimam, cum à Jurisdictione ſeparetur, eique opponantur quæ ex Lege ſpeciali ſunt in *l.* 6. §. 2. *d. Tutel.* & ideo videntur errare Magiſtratus, qui cum habent aliquid Lege ſpeciali commiſſum, Jurisdictionem ſuam mandant; quaſi hac voce tranſiret etiam officium Lege delatum *l.* 1. *in pr. d. Off. ej. cui mand.* Rurſus objicies, aliena Jurisdictio, mandata, prorogata, non competit jure Magiſtratus; quod iterum eſt verum. Sed jurisdictio aliena eſt jurisdictio, ſicut uſus dominii alieni eſt dominium. Qui habet alienam jurisdictionem, habet uſum rei alienæ, non habet ipſam, niſi ut aſinus ſellam; Accurſii dictum. Hæc igitur non præſcribunt Cujacianæ definitioni, brevi nec admodum perſpicuæ; ſed cur eam aliis longioribus præferamus, dictum eſt in *Prælect. ad h. tit.* ubi quod heic explicitum eſt, minus plenè & diſerte fuit demonſtratum: Ideo quamvis ad Cenſuram Artis aliude arceſſitam, quædam ex hiſce dictis minus rectà pertineant, tamen huc referenda putavimus.

Africanus lib. VII. Quæſtionum.

Si convenerit, ut alius Prætor, quam cujus Iurisdictio eſſet, jus diceret, & priuſquam adiretur, mutata voluntas fuerit, proculdubio nemo compelletur ejuſmodi conventioni ſtare. l. 18 *d. Iurisdict.*

1. Quid obſtat in hac ſpecie, quominus data fides ſervetur? quæ ratio perfidiæ auctoritatem præſtat? An quia Iurisdictio publici juris eſt, quod pactis privatorum mutari non poteſt, ut eſt in *l.* 38. *d. Pact*? Atqui jurisdictionem prorogari poſſe per conventionem cum hoc effectu, ut cui judici perſona vel res ſubjecta non eſt, huic tamen ſubjecta fiat, tralatitii juris eſt; nec quicquam de jure publico nihil quam de privato jure diſponitur, dum litigantes foro ſuo renuntiant. Unde Ulpianus; *Si ſe ſubjiciant aliqui jurisdictioni & conſentiant*, inquit, *inter conſentientes, cujuſvis judicis, qui tribunali præeſt, vel aliam jurisdictionem habet, eſt jurisdictio l.* 1. *d. Iud.* Cujacius eumque ſequuti fere Interpretes negant, pactum eſſe obligatorium, antequam judex ſit aditus; prius eſſe pactum nudum, *tract.* 7. *ad Afric.* Atqui pactis nudis homines ſuo modo ſtare coguntur; quid enim tam congruum fidei humanæ, quam ea quæ inter eos placuerunt ſervare *l.* 1. *in pr. d. Pact*? etſi actionem inde non dari verum eſt. Wiſſembachius noſter Coralii reſponſionem amplectitur; mutatam heic intelligi utriuſque voluntatem, quod colligo, ait, tum ex verbis, *mutata voluntas*, eorum ſcil. qui convenerant, tum ex voce *proculdubio*; Si enim alter tantum mutaſſet voluntatem, non *fuiſſet hoc extra dubium*. Non poteſt negari, quin hæc interpretatio rem ponat extra omne dubium; ſed ita, ut indignum ſit Africano id inculcare Lectori: Quin potius hoc ipſo, quo dicit, *nemo cogetur hujuſmodi conventione ſtare*, excluditur iſta interpretatio, quia in utriuſque conſenſu non ſunt termini habiles

coactio-

Digitized by Google

ctionis; ſed apparet, hoc fuiſſe ab altero poſtulatum, ut conventione ſtare-
, ad quod Africanus alterum cogi poſſe negat.
.. Juſtinianus in *L. 29. pr. C. de Pact.* narrat, antea dubitatum fuiſſe, an oporteret,
*pturam de renuntiatione fori tenere, ſancitque nemini licere adverſus pacta ſua
ire & contrahentes decipere. Si enim*, inquit Imperator, *& ipſo Prætoris Edi-
pacta conventa, quæ neque contra Leges neque dolo inita ſunt, omnimodo obſer-
da ſint; quare & in hac cauſa pacta non valeant?* Quæ videtur eſſe ipſa hujus
i Cenſura & pariter abrogatio.
. Quid dicemus? Nihil potius quam hoc; Conventio de adeundo Judice,
is non eſt Iuriſdictio, non poteſt habere hunc effectum, ut in jus ad illum
:etur & venire cogatur is qui ſe ſubmiſit: hoc enim prorogatione, ſive ſub-
ſione conventionali non poſſe fieri, probavimus in *Prælect. ad h. tit. n.* 12.
i mediate ſaltem ejus Iuriſdictioni ſubjectus ſit, quod nec aliter hodieque
ervatur, ut ſubmiſſio conventionalis non tribuat Iuriſdictionem extraneo
icio, niſi reus in territorio judicis, cui ſe ſubjecit, deprehendatur ac in jus
etur. Exempli gr. Civis Amſtelodamenſis cum Friſio convenit, ut cauſa apud
riam Friſicam diſceptaretur. Actor Amſtelodamenſem vocat ad Curiam Fri-
. Hæc Amſtelodami non poteſt citari jubere; Requirit igitur officium Magi-
atus Amſtelodamenſis. Hic vocat Civem, rogat, an paratus ſit ire in Friſiam;
: negat, non patiuntur eum citari; ac ita non cogitur ejuſmodi conventioni
re; ſæpe ita fit & factum memini, ipſo me *Commiſſario* Curiæ. Crediderim eum
neti in id quod intereſt, quod non ſervet fidem. Nec Africanus heic negat, eum
i conventionem hujuſmodi neglexit, ita teneri, quemadmodum ex pacto ho-
ines tenentur; aut etiam ex ſtipulatione. Sed uſque adeo illum cogi ſtare con-
ntioni, ut cauſa apud Judicem, cujus Iuriſdictio non eſt, peragenda ſit, hoc
gat: Negat etiam uſus temporum. Etſi poſt Iuſtiniani conſtitutionem in ter-
nis ejuſdem Imperii, dicendum fuerit, omnes Magiſtratus & Iudices vim
iſmodi conventionibus addere oportere, quod diſerte ſancitur in *d. l. pen.*
propterea, ſic Iuris ratio noviſſimi ferre videtur, ut talis ſubmiſſio in ea-
m Republ. effectum juriſdictionis tribuat, ſaltem hactenus, ut Iudex pro-
us ejus, qui ſe alii ſubmiſit; requiſitus in jus vocationem, ſecundum con-
ntionem permittere debeat: Quod in Friſiâ noſtra moris eſt ſatis noti &
tati.

Ulpianus lib. III. ad Edictum.

*Quod autem ait Prætor, ut is eodem jure utatur; an etiam ad heredem hæc pœna
tranſmittatur; & ſcribit Iulianus, non ſolum ipſi denegari actionem, ſed & heredi
is l. 3. §. 5. Quod quiſq. jur. in alt.*
Cenſura; Corrumpitur uſus ſanctiſſimæ regulæ, quam hæc Rubrica præfert,
uod quiſque Iuris in alterum ſtatuerit, ut ipſe eodem jure utatur; expreſſæ ad
ntentiam dicti Servatoris noſtri, haud abſimilis; eo quod ad heredem,
ui nihil peccavit, pœna tranſmittitur, contra divini & humani juris æquita-
tem

Digitized by Google

tem. Sed ego ita exiſtimo; heredem non ſuſtinere pœnam in aliis actionibus quàm quæ à defuncto prætectæ ſunt; qui cum illas vi Legis amiſerit, eædem heredi competere non poſſunt, idque non pœnæ ſed conſequentiæ rationem habet, fere ut in *l. 4. d. Publican. & Vectigal. His actionibus pati eum pœnam Edicti, quas tunc habuit, cum incideret in Edictum; verum & ſi quæ poſtea ei acquirentur.* Id enim ratio vult, ut de ipſo qui deliquit, non de herede accipiatur; etſi de hoc in proxime antecedente verſu actum fuerit; obiter; Nam de ipſo qui Edictum commiſit agitur ibi præcipue & *πεϱγμαλικῶς*.

Ulpianus Lib. I. ad Edictum.

Omnibus Magiſtratibus, non tamen Duum-Viris, ſecundum Ius poteſtatis ſuæ commiſſum eſt, Iurisdictionem ſuam defendere pœnali judicio. l. 1. pr. Si quis Ius dic. non obtemp.

1. Bene habet, quod Magiſtratibus permittitur, refractarios ſuæ Jurisdictionis cohibere pœnali judicio; ſed exceptio non habet rationem, quod duum Viris, id eſt, magiſtratibus municipiorum illa facultas interdicitur. Quomodo enim, ſi hac poteſtate careant, Jurisdictionis ſuæ vigorem, qui ſine modicâ coërcitione nullus eſt, exercere poterunt *l. ult. §. 1. d. Off. ej. cui mand. eſt Iurisd.*? Ideo non deſunt, qui hanc abſurditatem præveniunt emendatione, pro *tamen* legendo *tantum*, ut non tantum duumviri ſed etiam reliqui Magiſtratus eandem facultatem habeant, teſte Gotofredo ad *hunc locum*: Sed à Florentina lectione recedendi minime ſat cauſæ eſt. Autumnus & Groenewegius non dubitant hanc exceptionem eliminare ab uſu fori ut publicæ diſciplinæ adverſam *ad h. t. & tit. C. de modo mulct.* Mornacius hoc *jus ideo Magiſtratibus municipiorum negat eſſe conceſſum, quia non habent Imperium nec adeo mulctæ dicendæ jus*; *ad h. l. 1.* Quâ Mornacii ratione non licet uti nobis, quia verius eſt, etiam municipales magiſtratus habere mixtum Imperium & ſpecialiter mulctæ dictionem *d. l. ult. d. Off. ej. cui mand. l. ult. d. Decret. ab Ord. fac.* Emendatio prædicta minus ideo placet, quod ſecundum novam Lectionem, Magiſtratibus municipalibus hoc jus primario competeret, quaſi de reliquis dubitari poſſet: hoc enim ſupponunt verba *συγχωρητικὰ*, *non tantum magiſtratibus municipalibus, ſed & omnibus.* Præter quod hæc verba *ſecundum jus Poteſtatis ſuæ* ſimpliciter poſita, Magiſtratibus populi Romani potius quam municipiorum competant, ut è locis à Briſſonio adductis in voce *Poteſtas* liquet. Omnibus comparatis, nihil potius videtur, quam magiſtratus municipiorum habuiſſe mixtum quidem imperium & mulctæ dictionem exequendi gratiâ: Verum ſi quid executionis & modicæ coercitionis terminos excederet, id vero non habuiſſe illos, ſed à Præſidibus oportuiſſe mutuari. Atqui argumentum hujus Rubricæ ſuperat Exequendi facultatem. Quis enim jus dicenti non obtemperaſſe videtur? Qui quod extremum eſt in Jurisdictione non fecit; hoc eſt, qui ipſam executionem ſprevit eique ſe oppoſuit: Executionem illi habuerunt; Coactionem ad vindicandam executionem non habuerunt

bucrant magiſtri municipales. In talibus, inquam, Præſidis manum implorare cogebantur. Hoc autem in noſtris Civitatibus mutatâ Reipubl. ratione non habere locum, nihil ambigendum, & dictum à nobis eſt *Prælect. ad hunc T.*

Gajus lib. I. ad L. XII. Tabb.

Plerique putaverunt, nullum de domo ſuâ in jus vocare licere, quia domus tutiſſimum cuique refugium & receptaculum ſit, eumque qui inde in jus vocaret, vim inferre videri. l. 18. d. in jus voc.

Paulus Lib. I. ad Edictum.

Sed & ſi is, qui domi eſt, interdum in jus vocari poteſt, tamen de domo ſuâ nemo extrahi debet. l. 21. eod.

1. In his locis perſpicue adſeveratur, quod alias ſatis conſtat, in jus Vocationem apud Veteres Romanos privatim ita fieri ſolitam fuiſſe, ut etiam inviti, obtorto collo, ad tribunal rapi poſſent. Quorſum enim alio pertinet, quod neminem in jus vocare licuit de domo ſua, quo nihil his diebus eſt civilius; Quomodo aliter in jus vocans vim inferre videatur? Quorſum hoc, quod domus eſt refugium & receptaculum adverſus in jus vocantes? Denique, prohibitio, ne quem extrahere liceat, ſi maxime aliquando vocare fas ſit; nonne morem illum aperte adfirmat? Quem XII. tabulæ his verbis obſignarunt: *Si calvit pedemque ſtruit, manum endo jacito*: hoc eſt, ut alibi *ſi in jus vocat, ni eat, manum injicito.* Cujac. 7. *Obſ. c. 17.* velut eſt apud Gellium *l. xx. c. 1. Manus injectio eſt, in jus ducito*; etſi illa verba *torte* de primâ in jus vocatione non loquantur. Sed de hac ibidem ſunt hæc; *Si in jus vocat, ſi morbus ævitaſve vitium eſcit, qui in jus vocabit, jumentum dato; ſi nolit, arceram ne ſternito.* Quin uſque adeo viguit adhuc Auguſti ævo ille mos, ut in ſolenni tranſvectione coram Cenſoribus, equites Romani tempore luſtri condendi vel Cenſuræ exercendæ, potuerint ab equis detrahi, in jus eundi gratiâ; donec id Auguſtus prohibuit, teſte Suetonio in *ejus vitâ c.* 38. Plane res manifeſtior eſt quam ut negari poſſit: etſi negent Donellus ad *l. 22. de reb. cred.* Robertus 3. *ſent. 1. & enixe* Bachovius *ad §. 12. Inſt. de Action. & alibi.*

2. Cenſura hujus moris & horum locorum nititur opinione gravitatis & civilitatis Romanorum, quibus omnes alias gentes virtutibus exſuperarunt. Unde igitur illis adeo barbarus mos, qui aditum Juſtitiæ deformi violentiâ dehoneſtavit, ut Civitatem quotidianis miſceri pugnis & tumultibus oportuit; quo ſpectat rubrica, *Si quis in jus vocatum vi exemerit*? Omni die neceſſe fuit uſu venire, quod paſſim apud Comicos & quod ſibi accidiſſe narrat Horatius in *lib. 1. Sat. 9. ab fin.* quem locum juvat heic exponere, cum vetuſtatem moris hujus γραφικῶς exhibeat. Clauſerat ejus latus in viâ publica Romæ quidam importunus, à quo cum expedire ſe non poſſet, *Caſu*, venit, *obvius illi Adverſarius*, inquit; Qui

M katum

Digitized by Google

ſtatim ac hominem illum conſpexit, *Quo tu turpiſſime magnâ exclamat voce.* Simul ire ſecum jubet ad Prætorem in jus. Et pro more, præſentes rogat, ut teſtes eſſe velint; *Et licet atteſtari?* inquit. Horatius ut ſocium illum moleſtum civius amitteret; *Ego vero*, inquit, *Oppono auriculam.* Nam qui teſtes corrogabat, aurem eorum, ut meminiſſent, contrectabant. Cum atteſtatus eſſet Actor, quid tum? Cunctantem ſequi, *Rapit in jus*, cum clamore inſultans. Ad quem ſtrepitum excitatis vicinis; *Clamor utrimque*, *Undique Concurſus*, pergit Horatius. Non audio Bachovium negantem hanc eſſe hiſtoriam, eſſe fabulam. Sit ita, ſcribi tamen debuit, ut tempori conveniret; etiam in fabulis τὸ πιθανὸν, ſimilitudo veri ſervanda; Quæ nulla foret, ſi mos ille temporis ejuſdem non fuiſſet. Adde Favorinum apud Gellium *d. cap.* 1. *Illud quoque non humaniter ſcriptum: Quod ſi homo in jus vocatus morbo aut ætate æger ad ingrediendum invalidus eſt, arcera non ſternitur, ſed ipſe auſertur & jumento imponitur atque è domo ſuâ ad comitium novâ funeris facie effertur; Quam enim ob cauſam morbo affectus & ad reſpondendum pro ſeſe non idoneus jumento adhærens in jus adverſario deportatur?* Hæc igitur eſt Cenſura, quod ille mos incivilis, inhumanus & Lapithis dignior quam Romanis, in foro Quiritium receptus, in Libris Juris adhuc retentus & pro jure commemoratus ſit: quod, inquam, Juſtinianus hunc morem, ſuo tempore deſuetum & oblivione detritum nihilominus in libros à ſe digeſtos retulit. Nam ſub Græcis Imperatoribus in Jus Vocationem per apparitores & miniſtros publicos adminiſtratam fuiſſe conſtat, ut diximus in *Prælect. ad h. t. à pr.*

3. Huic Cenſuræ amoliendæ laudati auctores nihil melius inventu putarunt, quam negare, ſic olim Juris fuiſſe Romani; tametſi à Lenonibus & improbis hominibus ille mos ingenti vitio uſurpatus fuerit. E textibus autem ſupra ſcriptis non probari, in jus vocando vim inferre licuiſſe, neque XII. tabulis ita ſancitum videri, refragante Lege ſanctiſſimâ, *Vis à populo abeſto.* Alia quædam à Bachovio prolata refutatu vix digna propoſuimus, *in Prælect. ad Inſt. de pæn. tem. litig. n* 5. *ſub fin.* Ubi & Willembachius. Sed hac viâ negandi factum, ſine captione, non licet evadere notam, neque verba textuum ſuprà poſitorum aliam admittunt interpretationem. Verum enimvero mihi ſic videtur, gravitatem Romanam, quæ ad redarguendam fidem hiſtoricam urgetur, nobis argumento juris eſſe debere, ad originem hujus inſtituti ſuſtinendam: Siquidem populus, quo bonis Legibus & exemplis ditior fuit nullus, eo more minime uſus fuiſſet per tot ſecula; ſi noxium & pravum experimento ſenſiſſet, quemadmodum magna pars XII. tabularum abiit in deſuetudinem, diu ante Cæſares; cum hic mos, dum ſedes Imperii fuit Romæ, duraverit. Sanctitas & ſimplicitas priſcorum Quiritium, qui nihil potius habuere quam fidem colere, fecit, ut quod noſtris moribus inſolens videretur, ipſis pulchrum & decorum fuerit: habere cives æqui juris adeo patientes, adeo ad ſatisfaciendum quod debebant, paratos, ut alius alium in jus vocare & ad Prætoris tribunal adducere poſſet, nec opus eſſet hac parte lictoribus & apparitoribus. Etſi enim Lex addiderit cogendi facultatem, id tamen præmunimento potius, quam quod frequenter uſu venturum crederent, adjectum videtur. Ordo quoque judicialis ab hodierno longe diverſus morem illum probabilem fecit. Sedebat in Foro Prætor diebus ſeſſionum in tribunali; adeuntibus liber aditus patebat, juris

copia

copia cunctis dabatur, ipſi cauſam diſceptabant ſuam; Procuratores nullos nec Advocatos, niſi amicos è medio civium habebant. Quando quod erat difficillimum ipſi peragebant, ut cauſas agerent; diſceptarent, quominus facillimum & expeditiſſimum quod erat, in jus vocationem curarent, quid obſtare poterat? Promptitudo cauſas agendi juſque dicendi omniſque proceſſus judicialis æquè promptum initium exigebat. Conſuetudo denique tot ſeculorum & experientia rem docuit eſſe tolerabilem; nec abrogatus eſt mos, niſi deterioribus inſtitutis & longiore judiciorum tractu. Incommoda quæ ex Comicis & Horatio exaggerantur, in exemplis hominum nauci & nequam referuntur. Inter honeſtos cives nihil ejuſmodi ſolitum; ſequebantur ultro, vel cavebant, ſe venturos ad diem; quo præſentem inſtantiam evitare poterant, ut indicat Rubrica, *In jus vocati ut eant, aut ſatis vel cautum dent.* In *l.* 22. § 1. *h. t.* qui in jus vocatus eſt duobus caſibus, ait Gajus, dimittendus eſt, ſi quis ejus perſonam defendet, quod fit media cautione § *f. I. de Satiſd.* & ſi, dum in jus venitur, de re tranſactum fuerit.

4. Quæ porrò Favorinus apud Gellium movet, hæc opinionis errore perperam accepta Cæcilius ibidem demonſtrat, quæ videri poſſunt in *c.* 1. *lib.* xx. Quod attinet ad Iuſtinianum, is equidem neceſſe non habuit, hujus moris veſtigia relinquere in Pandectis. Non eſt tamen notabile vitium, relinquere inter monumenta Juris antiqui & veterum Iuriſctorum, obliquam moris antiqui commemorationem; Sanctio enim nulla traditur: maximè cum hodieque non male dicatur eſſe prohibitum, nequis in jus vocandi causâ vim cuiquam inferat, imprimis apud penates ſuos, quod, nec aliud in *d. l.* 18. & 21. traditur à Gajo & Paulo junctis.

Modeſtinus lib. 1. de Pœnis.

Si ſine veniâ Edicti impetratâ, Libertus Patronum in jus vocaverit, ex querelâ patroni ſupradictam pœnam, id eſt, quinquaginta aureos dat l. ult. d. in Ius Voc. juncta l. penult. eod.

1. Flagitium Triboniani arguitur, quod ſcripſerit *quinquaginta aureos*, pro *quinquaginta millia ſeſtertiorum.* Ita Wiſſembachius in emblem. ad *h. l.* ex Cujacio *lib.* XIX. *obſ.* 32. qui ſcribit ita; Primus Iuſtinianus certam & perpetuam aureo æſtimationem attulit; ſeſtertiariâ ratione, quam ſervabant veteres leges & mores, redactâ ad rationem aureorum, ut deinceps non ſeſtertiis, ſed aureis inter homines negotia & res omnes agerentur. Hactenus Cujacius, porrò adfirmans quod Iuſtinianus ſcribit in §. *ſed noſtra Inſt. de Succeſſ. libert.* ſe Legis Papiæ ſummam ita interpretatum eſſe, *ut pro mille ſeſtertiis unus aureus computetur*; quod dein Tribonianus ſparſerit per Pandectas, ut ubicunque *tot millia* ſeſtertiorum à Veteribus IurisCtis ſcripta fuiſſent, ille ſubſtitueret totidem aureos; Idque detrectanti Hotomanno acerbiſſime exprobrat & inſultat Cujacius. Ego ſubſiſto. Nam adhuc ita putavi & didici, denarium ita dictum à decem aſſibus conſtare quatuor ſeſtertiis: ita dictis quaſi *ſemiſtertiis*, quia conſtabant duobus aſſibus & ſemiſſe: denarios

 autem

autem quinque ſupra viginti facere unum aureum, ſeu quod idem xxv. drachmas, ut ex Dione lib. LV. denique, inter omnes niſi fallor, conſtat, etiam Gronovio teſte, qui noviſſime omnium exactitudinem hac parte ſuperavit; Et ſic aureus continet centum ſeſtertios. Cujacius tamen vehementer vult, aureum verè fuiſſe mille ſeſtertiorum, non modo ſub Juſtiniano, ſed etiam tempore Neronis & Galbæ, tam fidenter, ut cæcam imputet caliginem diſſentientibus. Qua in re tanti Viri auctoritas & evidentia rei in diverſum, quod mihi conſtare queat, implicitum me tenet; quod de ſe quoque Vinnius *ad d. §. noſtra* 1. non diſſimulat, ne de Wiſſembachio meo loquar. Ubi enim aurei (ſuperſunt hodieque innumeri) mille ſeſtertios valentes reperiuntur? id eſt, triginta Imperiales ad minimum; ut probat valor veterum denariorum, quorum eſt abunde paſſim; Superant enim hi aliquanto valorem, ut nunc eſt, argenti pretium, ſex *ſtuverorum*, quos ego quidem habeo. Et cum ſinguli quatuor ſeſtertios contineant, mille ſeſtertii facerent, ducentos & quinquaginta denarios, qui ſex ſtuferorum ſinguli rurſus efficiunt LXXV *Florenos Carolinos*, ſive triginta daleros imperiales. Denarii autem xxv. faciunt tres daleros Imperiales & amplius; quod pretium ſequentes & quidem Juſtinianæi temporis aurei adſecuti non ſunt. De aureis ſimpliciter dictis & promiſcui uſus, valentibus triginta imperiales thaleros nihil mihi, nec credo, cuiquam unquam auditum. Conferamus Ulpianum cum Tacito; Ille ſcribit *in l. 1. §. 12. in fin. d. Extraord. cognit.* licitam Advocatis quantitatem pro ſingulis cauſis eſſe, aureos centum; Tacitus XI. *Ann. 7. in fin.* dena ſeſtertia Advocatis præſcripta narrat, quæ faciunt decies mille ſeſtertios nummos, ut Budæus & Gronovius & omnes tenent. Centum igitur aurei & decies mille ſeſtertii conveniunt. Ita manent pro ſingulis aureis centum ſeſtertii, non mille, quod Cujacius & Wiſſembachius volunt.

2. Quid igitur Juſtiniano faciemus in *d.* §? Sunt, quos inter Vinnius *ad d.* §. qui volunt, Juſtinianum ad eam ſummam reduxiſſe mulctas antiquas; habita ratione divitiarum veterum præ ſui temporis opibus arctatis: Sed nimis eſt enormis diſcrepantia inter mille & centum; nec patitur hoc Cujacius, nec ipſe Juſtinianus, qui ſummam Legis Papiæ ſe dicit interpretari, non mutare, vel reducere ad decimam. Cujacius Hotomannum ſtulte ſcribit emendare textum *d.* §. trajiciendo *centum* & *mille*, hoc modo; Juſtinianus; *Siquidem libertus vel liberta minores centenariis ſint, id eſt, minus centum* (lege *mille*) *aureis habeant ſubſtantiam; ſic enim Legis Papiæ ſummam interpretati ſumus, ut pro mille ſeſtertiis*, (lege *centum*) *unus aureus computetur.* Ita, centum ſeſtertii faciunt aureum, & centenarii dicuntur à centum millibus ſeſtertiorum non à centum aureis, quod deſcriptores feſellerit & tollit ſcrupulum, quod emendatio non deſcendat ad literam, ut Accurſius; *Centenarii* id eſt, minus *mille*, quaſi convenientius eſſet; minus *centum* aureis. Etſi hoc autem ſtultum Cujacio ſit, verba in eum modum trajicere; ego tamen nihil aliud, in quo acquieſcam, invenio.

3. Quid igitur ad hunc textum *l. pen.*? Rurſus non credam Wiſſembachio, nec ejus auctori Cujacio, Modeſtinum in hac *l. pen.* & Ulpianum in *l. præc.* ſcripſiſſe *quinquaginta millia ſeſtertiorum.* Probo id eſſe incredibile, ex genere peccati, quod hac mulctâ coërcitum. Libertus ſuum Patronum ſine veniâ in jus vo-

cavit,

Digitized by Google

cavit, hoccene meretur pœnam quinquaginta millium ſeſtertiorum? Unde vero ſolverent liberti? Nam locupletis liberti univerſum patrimonium æſtimatur Lege Papiâ centum millibus ſeſtertiorum, id eſt, tribus Imperialium millibus, & pro multâ peccati tralatitii omnibus indiſtinctè libertis impoſita fuerit pœna dimidiæ partis univerſi patrimonii, quod habet locuples libertus, id eſt, quinquaginta millium ſeſtertiorum? Dicamus igitur, aut Ulpianum & Modeſtinum *aureos* ſcripto habuiſſe expreſſos, nihilque à Triboniano mutatum, quando & Ulpianus in *d. l.* 1. §. 12. per aureos computavit: Vel ſi utroque loco manum Triboniani agnoſcere oporteat, dicendumque ſit, Ulpianum & Modeſtinum ſeſtertiis nummis computaſſe, quod ego præfracte negare nolim; dicemus, eos non ſcripſiſſe *quinquaginta*, ſed *quinque* millia nummum ſive ſeſtertiorum; pro quibus ſubſtituti ſint *quinquaginta aurei*. Quâ in re quod Tribonianus in referendis Ulpiani & Modeſtini reſponſis, Principis & temporis ſui morem ſequutus ſit, nihil eſſe commiſſum reprehenſione dignum exiſtimo; per ea quæ dicta ſunt in *hoc Opere à pr. ad L. dedit Deus §. tanta autem C. de Vet. Jur. enucl.* Adde Hotomanni defenſionem contra Cujacium ſane quam eruditam & modeſtam, ad illius inſectationem ſatis aculeatam. Cæterum, etſi hæc aliter intelligere non poſſum, adſeveratio tamen principis ſtudiorum noſtrorum Cujacii, ſtultitiam & caliginem ita ſentientibus exprobrantis & Præceptoris Wiſſembachii, illius auctoritatem ut indubitatam ſequentis, non poteſt, quin ſcrupuli aliquid non profitenti peritiam rei veteris nummariæ, relinquat: etſi aliter quam didici ac intelligo, docere non poſſum. Quomodo igitur adhuc eſt, abſolvendum puto Tribonianum; nec poteſt placere, quod de mille ſeſtertiis unum aureum facientibus Viri ſummi Cujacius & Wiſſembachius & ſi qui ſint alii, commentantur.

Ulpianus lib. 1. ad. Edict.

Si quis in jus vocatus fidejuſſorem dederit, in judicio ſiſtendi cauſa non ſuppoſitum uriſdictioni illius, ad quem vocatur, pro non dato fidejuſſor habetur, niſi ſuo privi-egio ſpecialiter renuntiaverit. L. 1. *Si quis in jus voc. non ier.*

1. Suſpecta ſunt ultima hujus L. verba, non tantum Fabro, ſed etiam quod ei certiſſimæ argumentum eſſe videtur, inimico ejus Bachovio. Faber hoc movet; Non poſſe eum, qui non eſt ſuppoſitus juriſdictioni, renuntiare privile-io fori, quod nullum habet: Nam privilegium ſupponit ordinariam ſubjectio em: Ut privatio ſupponit habitum apud Logicos. Sed Privilegii verbum ad uamlibet fori exceptionem produci, liquet ex *l. 7. in pr. Qui ſatisd. cog.* hoc ſo-m non ſufficeret ad Emblematis argumentum. Bachovius aliam habet difficul-tem quod renuntiatio facere non poſſit, ut qui non eſt ſuppoſitus juriſdictio-, fiat ſubjectus, ut diximus ad *l. 18. d. Juriſdict.* Unde non immerito Tribo-anus (hoc nos addimus) ultima verba addidiſſe videatur huic *L.* reſpiciens ad 29. *C. d. Pact.* ubi Juſtinianus ejuſmodi pactis vim & effectum dedit, quade re uribus actum ad *d. l.* 18. Si dicamus; eum qui hic non ſuppoſitus juriſdictioni citur, fuiſſe naturaliter ſubjectum, ſed privilegio ſpeciali exemptum, id utri-

que objectioni ſatisfecerit, eoque Bachovius inclinat. Quod ſi in Urbe Româ, ubi diverſæ jurisdictiones non territorio ſed cauſarum genere diſtinctæ erant, renuntiatio proprii fori non potuit renuntiantem facere ſubjectum jurisdictioni alterius Magiſtratus, quod demum per *d. l. pen. C. de Pactis*, à Juſtiniano conſtitutum ſit, magis eſt ut hæc ultima videantur eſſe emblematica. Nam ſi Fidejuſſor judicio ſiſtendi cauſà datus cogi non poſſit, pro non dato habendus videtur, ut tum juris fuit; ſecus ac jure novo. Nec Eunomiæ, ſi maxime emblema ſit, intereſſe videtur, ob ea quæ de Emblematibus Tribonianeis ad *Conſt. Dedit Deus* §. *Tanta autem* diximus in *pr. h. Operis*.

Ulpian. Lib. 14. ad Edict.

Si ſatiſdatum pro re mobili non ſit, & perſona ſuſpecta ſit, ex qua ſatis deſideratur: apud officium deponi debebit, ſi hoc judici ſederit, donec vel ſatiſdatio detur, vel lis finem accipiat. L. 7. §. 2. Qui ſatisd. cog..

1. Hunc §. male adſutum eſſe huic Legi à Triboniano cenſet Antonius Faber, ob rationes, quarum pudere ſe dicit Bachovius *ad d. l.* & jubet Anticyram navigare Fabrum, ut cerebrum purgari curet. Refellit ejus quoque rationes non infeliciter; ſed omittit præcipuam, quæ eſt hæc; Quod in omni hoc *Tit.* ante poſteaque de ſatiodatione judicio ſiſtendi cauſà agatur; hic autem §. ad cautionem judicati ſolvendi, quod & Bachovius agnoſcit, pertineat. Nam ad judicio ſiſtendi cauſam nihil facit ſequeſtratio ſive depoſitio dum lis finita fuerit. Triboniano igitur in mentem veniſſe videtur potius quam Ulpiano hanc loco non ſuo laciniam adjicere. Sed reſponderi poteſt, ubi de judicio ſiſtendo actum fuerit, quia de re mobili interea non eſt ſecurus actor, haud immeritò adjici, quo pacto actori plene conſulendum ſit. Res enim ſunt connexæ Judicio ſiſtendi & judicati ſolvendi ſatisdatio. Ut ejuſmodi tranſitus minimè ſit alienus à negotio & Judicio Ulpiani. Pergit Faber; *Si juris rationem ſpectemus*, ait, *nihil aliud dici poteſt, quam ut actione ad Exhibendum teneatur is à quo res mobilis petebatur.* Reſpondetur Actionem ad Exhibendum ſervire certitudini expediendæ vindicationis, ut ad *tit. de Exhib.* traditur, non ad rem uſque ad finem litis, quod hic agitur, ſalvam præſtandam: Idque etiam Bachovius attingit. Non æque ultimum Fabri argumentum: *De poſitio male requiritur*, inquit; *Nam vel res ferebatur in jus, ut litis conteſtatio fieret, & mox interponebatur ſatiſdatio de re reſtituenda, ſeu judicatum ſolvi: vel ſi rem eam occultabat, nec patiebatur duci, vel ferri in jus incidebat in Edictum, ſi quis jus dicenti non obtemperaverit & illius Edicti pœnam incurrebat.* Hæc Fabri ratiocinatio ad rem non pertinet. Hic enim conſulitur, quid agendum ſit, ubi non fuerit ſatisdatum & ſuſpectus ſit is, à quo ſatisdatio exigitur. Ergo nec à ſatisdationis præſtitæ remedio, nec à pœnâ rei occultatæ, conſilium hujus loci, quod Faber inſtituit, refelli poteſt. Hæc realia ſunt. A ſtylo Fabri argumenta ſunt, quod credibile non ſit, Ulpianum ſcripſiſſe, *Et perſona ſuſpecta ſit, ex quâ ſatis deſideratur*, pro eo, quod Juris conſulti ſolent dicere, *Et ſuſpectus ſit ille à*

quo

Digitized by Google

quoſat's deſideratur. Non videtur igitur ut Latinum probare, *Perſonam* ſimpliciter, pro *homine.* Verum eſt, non dici Latine, *quot ibi perſonæ ſunt?* id eſt, *quot homines?* ſed quoties homo in qualitate aliquâ memoratur, nihil uſitatius eſt, quam perſonam pro homine poni, & in Pandectis, & in aliis, ipſo Cicerone; quod probare ſuperſedeo, factum ab aliis notiſſime. *A quâ*, pro *ex quâ*, legi eſſet etiam Bachovius: ſed nihil opus eſt, Ex interdum ponitur pro *Ab.* Hic ipſe Ulpianus in *l.* 2. *§. ſiquis* 12. *d. Vi bon. rapt.*, ubi, *Damnum ex coactis ab alio datum.* Paulus ejus æqualis in *l.* 38. *§. ult. d. Vulg. & pup. ſubſt.* Ex, id eſt, à fidei commiſſario coactus. Tu videſis Briſſonium in *Ex*, ubi plura. Nec ratio hic deeſt, quia Satiſdatio non tam exigitur à perſona, qua tali quam è Facultatibus ejus. *Apud officium*, pro, apud *officio præpoſitos*, & in Jure & apud Hiſtoriæ Auguſtæ ſcriptores reperitur, ut in *l.* 73. *§.* 1, *d. Evict. & in l.* 17. *d. In jus voc.* Denique, Non ſcripſerit Ulpianus, ait: ſi *hoc judici ſederit*, pro eo quod dicere debuit, *ſi judici ita videbitur.* Imo potius tam elegans hæc locutio eſt, ut vel ideo non credamus hunc locum eſſe Triboniani, Virgilius *Æn.* 5.

Idque pio ſedet Æneæ, probat auctor Aceſtes.

Et alibi:

Si ſedet hoc animo Teque tuoſque juvat. Æn. 2.

Tali ominis eſt hæc critica cenſura Fabri.

Paulus Lil. xiv. ad Edict.

De die ponenda in ſtipulatione ſolet inter litigatores convenire; ſi non conveniat, Pedius putat in poteſtate ſtipulatoris eſſe, moderato ſpatio de hoc à judice ſtatuendo. L. 8. *pr. Qui ſatisd. cog.*

1. Quid opus erat moderato ſpatio à judice præfigendo, cum Prætor Edicto ſuo vicena millia paſſuum in ſingulos dies dinumerari juſſiſſet *l.* 1. *Si quis caut. in jud. ſiſt.* Accedit, quod non Judex, ſed prætor id arbitrari debuerit, arbitratu opus fuerit, cum de tempore ante litem conteſtatam agi manifeſtum ſit. Ablativos etiam Triboniano familiares arguit idem Faber. Diluit hæc argumenta Bachovius. Primum quod hic agatur, de tempore conventione partium expreſſo, de quo ſi controverſia incideret, prætor id extra terminos Edicti ſui moderari poterat. Ad II. Judicis nomen etiam prætorem comprehendit *l.* 81. *d. Judic.* De Ablativis tam eſt inanis, quam ratio *quarta:* Litigatorum mentionem arguere tempus poſt litem conteſtatam; quod tamen falſum cum hic de tempore judicio ſiſtendi, quod litem conteſtatam præcedit, agitur. Nihil eſt falſius, quam litem non eſſe, prius quam conteſtatur: Nec enim conteſtari poſſet, ſi non eſſet lis prius. Vide ſis Briſſonium in *Lib.* 1. ſi tres judicium recipit. Nimis indulget conjecturis ſuis Faber.

Ulpianus.

Digitized by Google

utimur Cujaciana; Notio jure Magiſtratus competens. Imo legitima Jurisdictio, dices, non competit jure Magiſtratus; quod eſt verum de legitima Jurisdictione, quæ vulgo ita dicitur; ſed etiam verum eſt, nullam dari Jurisdictionem legitimam, cum à Jurisdictione ſeparetur, eique opponantur quæ ex Lege ſpeciali ſunt in *l.6.§.2.d.Tutel.* & ideo videntur errare Magiſtratus; qui cum habent aliquid Lege ſpeciali commiſſum, Jurisdictionem ſuam mandant; quaſi hac voce tranſiret etiam officium Lege delatum *l.1.in pr.d.Off.ej.cui mand.* Rurſus objicies, aliena Jurisdictio, mandata, prorogata, non competit jure Magiſtratus; quod iterum eſt verum. Sed jurisdictio aliena eſt jurisdictio, ſicut uſus dominii alieni eſt dominium. Qui habet alienam jurisdictionem, habet uſum rei alienæ, non habet ipſam, niſi ut aſinus ſellam; Accurſii dictum. Hæc igitur non præteribunt Cujacianæ definitioni, brevi nec admodum perſpicuæ; ſed cur eam aliis longioribus præferamus, dictum eſt in *Prælect.ad h.tit.* ubi quod heic explicitum eſt, minus plenè & diſerte fuit demonſtratum: Ideo quamvis ad Cenſuram Actis aliude arceſſitam, quædam ex hiſce dictis minus rectà pertineant, tamen huc referenda putavimus.

Africanus lib. VII. Quæſtionum.

Si convenerit, ut alius Prætor, quam cujus Iurisdictio eſſet, jus diceret, & priuſquam adiretur, mutata voluntas fuerit, proculdubio nemo compelletur ejuſmodi conventioni ſtare. l. 18 d. Iurisdict.

1. Quid obſtat in hac ſpecie, quominus data fides ſervetur? quæ ratio perfidiæ auctoritatem præſtat? An quia Iurisdictio publici juris eſt, quod pactis privatorum mutari non poteſt, ut eſt in *l.38.d.Pact*? Atqui jurisdictionem prorogari poſſe per conventionem cum hoc effectu, ut cui judici perſona vel res ſubjecta non eſt, huic tamen ſubjecta fiat, tralatitii juris eſt; nec quicquam de jure publico nihil quam de privato jure diſponitur, dum litigantes foro ſuo renuntiant. Unde Ulpianus; *Si ſe ſubjiciant aliqui jurisdictioni & conſentiant*, inquit, *inter conſentientes, cujuſvis judicis, qui tribunali præeſt, vel aliam jurisdictionem habet, eſt jurisdictio l.1.d.Iud.* Cujacius eumque ſequuti fere Interpretes negant, pactum eſſe obligatorium, antequam judex ſit aditus; prius eſſe pactum nudum *tract.7.ad Afric.* Atqui pactis nudis homines ſuo modo ſtare coguntur; quid enim tam congruum fidei humanæ, quam ea quæ inter eos placuerunt ſervare *l.1. in pr.d.Pact*? etſi actionem inde non dari verum eſt. Wiſſembachius noſter Coraſii reſponſionem amplectitur; mutatam heic intelligi utriuſque voluntatem, quod colligo, ait, tum ex verbis, *mutata voluntas*, eorum ſcil. qui convenerant, tum ex voce *proculdubio*; Si enim alter tantum mutaſſet voluntatem, non *fuiſſet hoc extra dubium.* Non poteſt negari, quin hæc interpretatio rem ponat extra omne dubium; ſed ita, ut indignum ſit Africano id inculcare Lectori: Quin potius hoc ipſo, quo dicit, *nemo cogetur hujuſmodi conventione ſtare*, excluditur iſta interpretatio, quia in utriuſque conſenſu non ſunt termini habiles

coactio-

Digitized by Google

coactionis; ſed apparet, hoc fuiſſe ab altero poſtulatum, ut conventione ſtaretur, ad quod Africanus alterum cogi poſſe negat.

2. Juſtinianus in *L.* 29. *pr. C. de Pact.* narrat, antea dubitatum fuiſſe, an oporteret, *ſcripturam de renuntiatione fori tenere*, *ſancitque nemini licere adverſus pacta ſua venire & contrahentes decipere. Si enim*, inquit Imperator, *& ipſo Prætoris Edicto pacta conventa, quæ neque contra Leges neque dolo inita ſunt, omnimodo obſervanda ſint; quare & in hac cauſâ pacta non valeant?* Quæ videtur eſſe ipſa hujus loci Cenſura & pariter abrogatio.

3. Quid dicemus? Nihil potius quam hoc; Conventio de adeundo Judice, cujus non eſt Iurisdictio, non poteſt habere hunc effectum, ut in jus ad illum vocetur & venire cogatur is qui ſe ſubmiſit: hoc enim prorogatione, ſive ſubmiſſione conventionali non poſſe fieri, probavimus in *Prælect. ad h. tit. n.* 12. Niſi mediate ſaltem ejus Iurisdictioni ſubjectus ſit, quod nec aliter hodieque obſervatur, ut ſubmiſſio conventionalis non tribuat Iurisdictionem extraneo Judicio, niſi reus in territorio judicis, cui ſe ſubjecit, deprehendatur ac in jus citetur. Exempli gr. Civis Amſtelodamenſis cum Friſio convenit, ut cauſa apud Curiam Friſicam diſceptaretur. Actor Amſtelodamenſem vocat ad Curiam Friſiæ. Hæc Amſtelodami non poteſt citari jubere; Requirit igitur officium Magiſtratus Amſtelodamenſis. Hic vocat Civem, rogat, an paratus ſit ire in Friſiam; hic negat, non patiuntur eum citari; ac ita non cogitur ejuſmodi conventioni ſtare; ſæpe ita fit & factum memini, ipſo me *Commiſſario* Curiæ. Crediderim eum teneri in id quod intereſt, quod non ſervet fidem. Nec Africanus heic negat, eum qui conventionem hujuſmodi neglexit, ita teneri, quemadmodum ex pacto homines tenentur; aut etiam ex ſtipulatione. Sed uſque adeo illum cogi ſtare conventioni, ut cauſa apud Judicem, cujus Iurisdictio non eſt, peragenda ſit, hoc negat: Negat etiam uſus temporum. Etſi poſt Iuſtiniani conſtitutionem in terminis ejuſdem Imperii, dicendum fuerit, omnes Magiſtratus & Iudices vim ejuſmodi conventionibus addere oportere, quod diſerte ſancitur in *d. l. pen.* Et propterea, ſic Iuris ratio noviſſimi ferre videtur, ut talis ſubmiſſio in eadem Republ. effectum jurisdictionis tribuat, ſaltem hactenus, ut Iudex proprius ejus, qui ſe alii ſubmiſit; requiſitus in jus vocationem, ſecundum conventionem permittere debeat: Quod in Friſiâ noſtra moris eſt ſatis noti & uſitati.

Ulpianus lib. III. ad Edictum.

Quod autem ait Prætor, ut is eodem jure utatur; an etiam ad heredem hæc pœna tranſmittatur; & ſcribit Iulianus, non ſolum ipſi denegari actionem, ſed & heredi ejus l. 3. §. 5. *Quod quiſq. jur. in alt.*

Cenſura; Corrumpitur uſus ſanctiſſimæ regulæ, quam hæc Rubrica præfert, *Quod quiſque Iuris in alterum ſtatuerit, ut ipſe eodem jure utatur*; expreſſæ ad ſententiam dicti Servatoris noſtri, haud abſimilis; eo quod ad heredem, qui nihil peccavit, pœna tranſmittitur, contra divini & humani juris æquitatem

Digitized by Google

buerunt magiſtri municipales. In talibus, inquam, Præſidis manum implorare cogebantur. Hoc autem in noſtris Civitatibus mutatâ Reipubl. ratione non habere locum, nihil ambigendum, & dictum à nobis eſt *Prælect. ad hunc T.*

Gajus lib. I. ad L. XII. Tabb.

Plerique putaverunt, nullum de domo ſuâ in jus vocare licere, quia domus tutiſſimum cuique refugium & receptaculum ſit, eumque qui inde in jus vocaret, vim inferre videri. l. 18. d. in jus voc.

Paulus Lib. I. ad Edictum.

Sed & ſi is, qui domi eſt, interdum in jus vocari poteſt, tamen de domo ſuâ nemo extrahi debet. l. 21. eod.

1. In his locis perſpicue adſeveratur, quod alias ſatis conſtat, in jus Vocationem apud Veteres Romanos privatim ita fieri ſolitam fuiſſe, ut etiam inviti, obtorto collo, ad tribunal rapi poſſent. Quorſum enim alio pertinet, quod neminem in jus vocare licuit de domo ſua, quo nihil his diebus eſt civilius; Quomodo aliter in jus vocans vim inferre videatur? Quorſum hoc, quod domus eſt refugium & receptaculum adverſus in jus vocantes? Denique, prohibitio, ne quem extrahere liceat, ſi maxime aliquando vocare fas ſit; nonne morem illum aperte adfirmat? Quem XII. tabulæ his verbis obſignarunt: *Si calvit pedemque ſtruit, manum endo jacito*: hoc eſt, ut alibi *ſi in jus vocat, ni eat, manum injicito.* Cujac. 7. *Obſ. c.* 17. velut eſt apud Gellium *l.* XX. *c.* I. *Manus injectio eſt, in jus ducito*; etſi illa verba forte de primâ in jus vocatione non loquantur. Sed de hac ibidem ſunt hæc; *Si in jus vocat, ſi morbus ævitaſve vitium eſcit, qui in jus vocabit, jumentum dato; ſi nolit, arceram ne ſternito.* Quin uſque adeo viguit adhuc Auguſti ævo ille mos, ut in ſolenni tranſvectione coram Cenſoribus, equites Romani tempore luſtri condendi vel Cenſuræ exercendæ, potuerint ab equis detrahi, in jus eundi gratiâ; donec id Auguſtus prohibuit, teſte Suetonio in *ejus vitâ c.* 38. Plane res manifeſtior eſt quam ut negari poſſit: etſi negent Donellus ad *l. 22. de reb. cred.* Robertus 3. *ſent.* I. & *enixe* Bachovius *ad* §. 12. *Inſt. de Action. & alibi.*

2. Cenſura hujus moris & horum locorum nititur opinione gravitatis & civilitatis Romanorum, quibus omnes alias gentes virtutibus exſuperarunt. Unde igitur illis adeo barbarus mos, qui aditum Juſtitiæ deformi violentiâ dehoneſtavit, quâ Civitatem quotidianis miſceri pugnis & tumultibus oportuit; quo ſpectat Rubrica, *Si quis in jus vocatum vi exemerit*? Omni die neceſſe fuit uſu venire, quod paſſim apud Comicos & quod ſibi accidiſſe narrat Horatius in *lib.* I. *Sat.* 9. *ſub fin.* quem locum juvat heic exponere, cum vetuſtatem moris hujus γραφικῶς exhibeat. Clauſerat ejus latus in viâ publica Romæ quidam importunus, à quo cum expedire ſe non poſſet, *Caſu*, venit, *obvius illi Adverſarius*, inquit; Qui

Digitized by Google

ſtatim ac hominem illum conſpexit, *Quo tu turpiſſime magnâ exclamat voce.* Simul ire ſecum jubet ad Prætorem in jus. Et pro more, præſentes rogat, ut teſtes eſſe velint; *Et licet anteſtari?* inquit. Horatius ut ſocium illum moleſtum citius amitteret; *Ego vero*, inquit, *Oppono auriculam.* Nam qui teſtes corrogabat, aurem eorum, ut meminiſſent, contrectabant. Cum anteſtatus eſſet Actor, quid tum? Cunctantem ſequi, *Rapit in jus*, cum clamore inſultans. Ad quem ſtrepitum excitatis vicinis; *Clamor utrimque*, *Undique Concurſus*, pergit Horatius. Non audio Bachovium negantem hanc eſſe hiſtoriam, eſſe fabulam. Sit ita, ſcribi tamen debuit, ut tempori conveniret; etiam in fabulis τὸ πιθανὸν, ſimilitudo veri ſervanda; Quæ nulla foret, ſi mos ille temporis ejuſdem non fuiſſet. Adde Favorinum apud Gellium *d. cap.* 1. *Illud quoque non humaniter ſcriptum: Quod ſi homo in jus vocatus morbo aut ætate æger ad ingrediendum invalidus eſt, arcera non ſternitur, ſed ipſe auffertur & jumento imponitur atque è domo ſuâ ad comitium novâ funeris facie effertur; Quam enim ob cauſam morbo affectus & ad reſpondendum pro ſeſe non idoneus jumento adhærens in jus adverſario deportatur?* Hæc igitur eſt Cenſura, quod ille mos incivilis, inhumanus & Lapithis dignior quam Romanis, in foro Quiritium receptus, in Libris Juris adhuc retentus & pro jure commemoratus ſit: quod, inquam, Juſtinianus hunc morem, ſuo tempore deſuetum & oblivione detritum nihilominus in libros à ſe digeſtos retulit. Nam ſub Græcis Imperatoribus in Jus Vocationem per apparitores & miniſtros publicos adminiſtratam fuiſſe conſtat, ut diximus in *Prælect. ad h. t. à pr.*

3. Huic Cenſuræ amoliendæ laudati auctores nihil melius inventu putarunt, quam negare, ſic olim Juris fuiſſe Romani; tametſi à Lenonibus & improbis hominibus ille mos ingenti vitio uſurpatus fuerit. E textibus autem ſupra ſcriptis non probari, in jus vocando vim inferre licuiſſe, neque XII. tabulis ita ſancitum videri, refragante Lege ſanctiſſimâ, *Vis à populo abeſto.* Alia quædam à Bachovio prolata refutatu vix digna propoſuimus, *in Prælect. ad Inſt. de pœn. tem. litig. n* 5. *ſub fin.* Ubi & Willembachius. Sed hac viâ negandi factum, ſine captione, non licet evadere notam, neque verba textuum ſuprà poſitorum aliam admittunt interpretationem. Verum enimvero mihi ſic videtur, gravitatem Romanam, quæ ad redarguendam fidem hiſtoricam urgetur, nobis argumento juris eſſe debere, ad originem hujus inſtituti ſuſtinendam: Siquidem populus, quo bonis Legibus & exemplis ditior fuit nullus, eo more minime uſus fuiſſet per tot ſecula; ſi noxium & pravum experimento ſenſiſſet, quemadmodum magna pars XII. tabularum abiit in deſuetudinem, diu ante Cæſares; cum hic mos, dum ſedes Imperii fuit Romæ, duraverit. Sanctitas & ſimplicitas priſcorum Quiritium, qui nihil potius habuere quam fidem colere, fecit, ut quod noſtris moribus inſolens videtur, ipſis pulchrum & decorum fuerit: habere cives æqui juris adeo patientes, adeo ad ſatisfaciendum quod debebant, paratos, ut alius alium in jus vocare & ad Prætoris tribunal adducere poſſet, nec opus eſſet hac parte lictoribus & apparitoribus. Etſi enim Lex addiderit cogendi facultatem, id tamen præmunimento potius, quam quod frequenter uſu venturum crederent, adjectum videtur. Ordo quoque judicialis ab hodierno longe diverſus morem illum probabilem fecit. Sedebat in Foro Prætor diebus ſeſſionum in tribunali; adeuntibus liber aditus patebat, juris

copia

Digitized by Google

copia cunctis dabatur, ipſi cauſam diſceptabant ſuam; Procuratores nullos nec Advocatos, niſi amicos è medio civium habebant. Quando quod erat difficillimum ipſi peragebant, ut cauſas agerent; diſceptarent, quominus facillimum & expeditiſſimum quod erat, in jus vocationem curarent, quid obſtare poterat? Promptitudo cauſas agendi juſque dicendi omniſque proceſſus judicialis æquè promptum initium exigebat. Conſuetudo denique tot ſeculorum & experientia rem docuit eſſe tolerabilem; nec abrogatus eſt mos, niſi deterioribus inſtitutis & longiore judiciorum tractu. Incommoda quæ ex Comicis & Horatio exaggerantur, in exemplis hominum nauci & nequam referuntur. Inter honeſtos cives nihil ejuſmodi ſolitum; ſequebantur ultro, vel cavebant, ſe venturos ad diem; quo præſentem inſtantiam evitare poterant, ut indicat Rubrica, *In jus vocati ut eant, aut ſatis vel cautum dent.* In *l.* 22. § 1. *h. t.* qui in jus vocatus eſt duobus caſibus, ait Gajus, dimittendus eſt, ſi quis ejus perſonam defendet, quod fit mediâ cautione § *f. I. de Satiſd.* & ſi, dum in jus venitur, de re transactum fuerit.

4. Quæ porrò Favorinus apud Gellium movet, hæc opinionis errore perperam accepta Cæcilius ibidem demonſtrat, quæ videri poſſunt in *c.* 1. *lib.* xx. Quod attinet ad Iuſtinianum, is equidem neceſſe non habuit, hujus moris veſtigia relinquere in Pandectis. Non eſt tamen notabile vitium, relinquere inter monumenta Juris antiqui & veterum Iuriſctorum, obliquam moris antiqui commemorationem; Sanctio enim nulla traditur: maximè cum hodieque non male dicatur eſſe prohibitum, nequis in jus vocandi causâ vim cuiquam inferat, imprimis apud penates ſuos, quod, nec aliud in *d. l.* 18. & 21. traditur à Gajo & Paulo junctis.

Modeſtinus lib. 1. de Pœnis.

Si ſine veniâ Edicti impetratâ, Libertus Patronum in jus vocaverit, ex querelâ patroni ſupradictam pœnam, id eſt, quinquaginta aureos dat l. ult. d. in Ius Voc. juncta l. penult. eod.

1. Flagitium Triboniani arguitur, quod ſcripſerit *quinquaginta aureos*, pro *quinquaginta millia ſeſtertiorum.* Ita Wiſſembachius in emblem. ad *h. l.* ex Cujacio *lib.* xix. *obſe.* 32. qui ſcribit ita; Primus Iuſtinianus certam & perpetuam aureo æſtimationem attulit; ſeſtertiariâ ratione, quam ſervabant veteres leges & mores, redactâ ad rationem aureorum, ut deinceps non ſeſtertiis, ſed aureis inter homines negotia & res omnes agerentur. Hactenus Cujacius, porrò adfirmans quod Iuſtinianus ſcribit in §. *ſed noſtra Inſt. de Succeſſ. libert.* ſe Legis Papiæ ſummam ita interpretatum eſſe, *ut pro mille ſeſtertiis unus aureus computetur*; quod dein Tribonianus ſparſerit per Pandectas, ut ubicunque *tot millia* ſeſtertiorum à Veteribus JurisCtis ſcripta fuiſſent, ille ſubſtitueret totidem aureos; Idque detrectanti Hotomanno acerbiſſime exprobrat & inſultat Cujacius. Ego ſubſiſto. Nam adhuc ita putavi & didici, denarium ita dictum à decem aſſibus conſtare quatuor ſeſtertiis: ita dictis quaſi *ſemiſtertiis*, quia conſtabant duobus aſſibus & ſemiſſe: denarios

autem quinque ſupra viginti facere unum aureum, ſeu quod idem xxv. drachmas, ut ex Dione lib. LV. denique, inter omnes niſi fallor, conſtat, etiam Gronovio teſte, qui noviſſime omnium exactitudinem hac parte ſuperavit; Et ſic aureus continet centum ſeſtertios. Cujacius tamen vehementer vult, aureum verè fuiſſe mille ſeſtertiorum, non modo ſub Juſtiniano, ſed etiam tempore Neronis & Galbæ, tam fidenter, ut cæcam imputet caliginem diſſentientibus. Qua in re tanti Viri auctoritas & evidentia rei in diverſum, quod mihi conſtare queat, implicitum me tenet; quod de ſe quoque Vinnius *ad d. §. noſtra* I. non diſſimulat, ne de Wiſſembachio meo loquar. Ubi enim aurei (ſuperſunt hodieque innumeri) mille ſeſtertios valentes reperiuntur? id eſt, triginta Imperiales ad minimum; ut probat valor veterum denariorum, quorum eſt abunde paſſim; Superant enim hi aliquanto valorem, ut nunc eſt, argenti pretium, ſex *ſtuverorum*, quos ego quidem habeo. Et cum ſinguli quatuor ſeſtertios contineant, mille ſeſtertii facerent, ducentos & quinquaginta denarios, qui ſex ſtuferorum ſinguli rurſus efficiunt LXXV *Florenos Carolinos*, ſive triginta daleros imperiales. Denarii autem xxv. faciunt tres daleros Imperiales & amplius; quod pretium ſequentes & quidem Juſtinianæi temporis aurei adſecuti non ſunt. De aureis ſimpliciter dictis & promiſcui uſûs, valentibus triginta imperiales thaleros nihil mihi, nec credo, cuiquam unquam auditum. Conferamus Ulpianum cum Tacito; Ille ſcribit *in l. 1. §. 12. in fin. d. Extraord. cognit.* licitam Advocatis quantitatem pro ſingulis cauſis eſſe, aureos centum; Tacitus XI. *Ann. 7. in fin.* dena ſeſtertia Advocatis præſcripta narrat, quæ faciunt decies mille ſeſtertios nummos, ut Budæus & Gronovius & omnes tenent. Centum igitur aurei & decies mille ſeſtertii conveniunt. Ita manent pro ſingulis aureis centum ſeſtertii, non mille, quod Cujacius & Wiſſembachius volunt.

2. Quid igitur Juſtiniano faciemus in *d. §*? Sunt, quos inter Vinnius *ad d. §.* qui volunt, Juſtinianum ad eam ſummam reduxiſſe mulctas antiquas; habita ratione divitiarum veterum præ ſui temporis opibus arctatis: Sed nimis eſt enormis diſcrepantia inter mille & centum; nec patitur hoc Cujacius, nec ipſe Juſtinianus, qui ſummam Legis Papiæ ſe dicit interpretari, non mutare, vel reducere ad decimam. Cujacius Hotomannum ſtulte ſcribit emendare textum *d. §.* trajiciendo *centum* & *mille*, hoc modo; Juſtinianus; *Siquidem libertus vel liberta minores centenariis ſint, id eſt, minus centum* (lege *mille*) *aureis habeant ſubſtantiam; ſic enim Legis Papiæ ſummam interpretati ſumus, ut pro mille ſeſtertiis,* (lege *centum*) *unus aureus computetur.* Ita, centum ſeſtertii faciunt aureum, & centenarii dicuntur à centum millibus ſeſtertiorum non à centum aureis, quod deſcriptores fefellerit & tollit ſcrupulum, quod emendatio non deſcendat ad literam, ut Accurſius; *Centenarii* id eſt, minus *mille*, quaſi convenientius eſſet; minus *centum* aureis. Etſi hoc autem ſtultum Cujacio ſit, verba in eum modum trajicere; ego tamen nihil aliud, in quo acquieſcam, invenio.

3. Quid igitur ad hunc textum *l. pen.*? Rurſus non credam Wiſſembachio, nec ejus auctori Cujacio, Modeſtinum in hac *l. pen.* & Ulpianum in *l. præc.* ſcripſiſſe *quinquaginta millia ſeſtertiorum.* Probo id eſſe incredibile, ex genere peccati, quod hac mulctâ coërcitum. Libertus ſuum Patronum ſine veniâ in jus vocavit,

Digitized by Google

cavit, hoccene meretur pœnam quinquaginta millium ſeſtertiorum? Unde vero ſolverent liberti? Nam locupletis liberti univerſum patrimonium æſtimatur Lege Papiâ centum millibus ſeſtertiorum, id eſt, tribus Imperialium millibus, & pro mulctâ peccati tralatitii omnibus indiſtinctè libertis impoſita fuerit pœna dimidiæ partis univerſi patrimonii, quod habet locuples libertus, id eſt, quinquaginta millium ſeſtertiorum? Dicamus igitur, aut Ulpianum & Modeſtinum *aureos* ſcripto habuiſſe expreſſos, nihilque à Triboniano mutatum, quand o& Ulpianus in *d. l.* 1. §. 12. per aureos computavit: Vel ſi utroque loco manum Triboniani agnoſcere oporteat, dicendumque ſit, Ulpianum & Modeſtinum ſeſtertiis nummis computaſſe, quod ego prætractè negare nolim; dicemus, eos non ſcripſiſſe *quinquaginta*, ſed *quinque* millia nummum ſive ſeſtertiorum; pro quibus ſubſtituti ſint *quinquaginta aurei.* Quâ in re quod Tribonianus in referendis Ulpiani & Modeſtini reſponſis, Principis & temporis ſui morem ſequutus ſit, nihil eſſe commiſſum reprehenſione dignum exiſtimo; per ea quæ dicta ſunt in *hoc Opere à pr. ad L. dedit Deus §. tanta autem C. de Vet. Jur. enucl.* Adde Hotomanni decuſſionem contra Cujacium ſane quam eruditam & modeſtam, ad illius inſectationem ſatis aculeatam. Cæterum, etſi hæc aliter intelligere non poſſum, adſeveratio tamen principis ſtudiorum noſtrorum Cujacii, ſtultitiam & caliginem ita ſentientibus exprobrantis & Præceptoris Wiſſembachii, illius auctoritatem ut indubitatam ſequentis, non poteſt, quin ſcrupuli aliquid non profitenti peritiam rei veteris nummariæ, relinquat: etſi aliter quam didici ac intelligo, docere non poſſum. Quomodo igitur adhuc eſt, abſolvendum puto Tribonianum; nec poteſt placere, quod de mille ſeſtertiis unum aureum facientibus Viri ſummi Cujacius & Wiſſembachius & ſi qui ſint alii, commentantur.

Ulpianus lib. 1. ad. Edict.

Si quis in jus vocatus fidejuſſorem dederit, in judicio ſiſtendi cauſa non ſuppoſitum jurisdictioni illius, ad quem vocatur, pro non dato fidejuſſor habetur, niſi ſuo privilegio ſpecialiter renuntiaverit. L. 1. Si quis in jus voc. non ier.

1. Suſpecta ſunt ultima hujus L. verba, non tantum Fabro, ſed etiam quod rei certiſſimæ argumentum eſſe videtur, inimico ejus Bachovio. Faber hoc movet; Non poſſe eum, qui non eſt ſuppoſitus jurisdictioni, renuntiare privilegio fori, quod nullum habet: Nam privilegium ſupponit ordinariam ſubjectionem: Ut privatio ſupponit habitum apud Logicos. Sed Privilegii verbum ad quamlibet fori exceptionem produci, liquet ex *l. 7. in pr. Qui ſatisd. cog.* hoc ſolum non ſufficeret ad Emblematis argumentum. Bachovius aliam habet difficultatem quod renuntiatio facere non poſſit, ut qui non eſt ſuppoſitus jurisdictioni, fiat ſubjectus, ut diximus ad *l. 18. d. Iurisdict.* Unde non immerito Tribonianus (hoc nos addimus) ultima verba addidiſſe videatur huic *L.* reſpiciens ad *l. 29. C. d. Pact.* ubi Juſtinianus ejuſmodi pactis vim & effectum dedit, qua de re pluribus actum ad *d. l.* 18. Si dicamus; eum qui hic non ſuppoſitus jurisdictioni dicitur, fuiſſe naturaliter ſubjectum, ſed privilegio ſpeciali exemptum, id utri-

Digitized by Google

que objectioni ſatisfecerit, eoque Bachovius inclinat. Quod ſi in Urbe Romà, ubi diverſæ jurisdictiones non territorio ſed cauſarum genere diſtinctæ erant, renuntiatio proprii fori non potuit renuntiantem facere ſubjectum jurisdictioni alterius Magiſtratus, quod demum per *d. l. pen. C. de Pactis*, à Juſtiniano conſtitutum ſit, magis eſt ut hæc ultima videantur eſſe emblematica. Nam ſi Fidejuſſor judicio ſiſtendi causà datus cogi non poſſit, pro non dato habendus videtur, ut tum juris fuit; ſecus ac jure novo. Nec Eunomiæ, ſi maximè emblema ſit, intereſſe videtur, ob ea quæ de Emblematibus Tribonianeis ad *Conſt. Dedit Deus* §. *Tanta autem* diximus in *pr. h. Operis*.

Ulpian. Lib. 14. ad Edict.

Si ſatiſdatum pro re mobili non ſit, & perſona ſuſpecta ſit, ex qua ſatis deſideratur: apud officium deponi debebit, ſi hoc judici ſederit, donec vel ſatiſdatio detur, vel lis finem accipiat. L. 7. §. 2. Qui ſatisd. cog..

1. Hunc §. male adſutum eſſe huic Legi à Triboniano cenſet Antonius Faber, ob rationes, quarum pudere ſe dicit Bachovius *ad d. l.* & jubet Anticyram navigare Fabrum, ut cerebrum purgari curet. Refellit ejus quoque rationes non infeliciter; ſed omittit præcipuam, quæ eſt hæc; Quod in omni hoc *Tit.* ante poſteaque de ſatiodatione judicio ſiſtendi causà agatur; hic autem §. ad cautionem judicati ſolvendi, quod & Bachovius agnoſcit, pertineat. Nam ad judicio ſiſtendi cauſam nihil facit ſequeſtratio ſive depoſitio dum lis finita fuerit. Triboniano igitur in mentem veniſſe videtur potius quam Ulpiano hanc loco non ſuo laciniam adjicere. Sed reſponderi poteſt, ubi de judicio ſiſtendo actum fuerit, quia de re mobili interea non eſt ſecurus actor, haud immeritò adjici, quo pacto actori plene conſulendum ſit. Res enim ſunt connexæ Judicio ſiſtendi & judicati ſolvendi ſatisdatio. Ut ejuſmodi tranſitus minimè ſit alienus à negotio & Judicio Ulpiani. Pergit Faber; *Si juris rationem ſpectemus*, ait, *nihil aliud dici poteſt, quam ut actione ad Exhibendum teneatur is à quo res mobilis petebatur.* Reſpondetur Actionem ad Exhibendum ſervire certitudini expediendæ vindicationis, ut ad *tit. de Exhib.* traditur, non ad rem uſque ad finem litis, quod hic agitur, ſalvam præſtandam: Idque etiam Bachovius attingit. Non æque ultimum Fabri argumentum: *De poſitio male requiritur*, inquit; *Nam vel res ferebatur in jus, ut litis conteſtatio fieret, & mox interponebatur ſatiſdatio de re reſtituenda, ſeu judicatum ſolvi: vel ſi rem eam occultabat, nec patiebatur duci, vel ferri in jus incidebat in Edictum, ſi quis jus dicenti non obtemperaverit & illius Edicti pœnam incurrebat.*. Hæc Fabri ratiocinatio ad rem non pertinet. Hic enim conſulitur, quid agendum ſit, ubi non fuerit ſatisdatum & ſuſpectus ſit is, à quo ſatisdatio exigitur. Ergo nec à ſatisdationis præſtitæ remedio, nec à pœna rei occultatæ, conſilium hujus loci, quod Faber inſtituit, refelli poteſt. Hæc realia ſunt. A ſtylo Fabri argumenta ſunt, quod credibile non ſit, Ulpianum ſcripſiſſe, *Et perſona ſuſpecta ſit, ex quâ ſatis deſideratur*, pro eo, quod Juris conſulti ſolent dicere, *Et ſuſpectus ſit ille à*

quo

quo ſat:s deſideratur. Non videtur igitur ut Latinum probare, *Perſonam* ſimpliciter, pro *homine.* Verum eſt, non dici Latine, *quot ibi perſonæ ſunt*? id eſt, *quot homines*? ſed quoties homo in qualitate aliquâ memoratur, nihil uſitatius eſt, quam perſonam pro homine poni, & in Pandectis, & in aliis, ipſo Cicerone; quod probare ſuperſedeo, factum ab aliis notiſſime. *A quâ*, pro *ex quâ*, legi vellet etiam Bachovius: ſed nihil opus eſt, Ex interdum ponitur pro *Ab.* Hic ipſe Ulpianus in *l. 2. §. ſiquis 12. d. Vi bon. rapt.*, ubi, *Damnum ex coactis ab alio datum.* Paulus ejus æqualis in *l. 38. §. ult. d. Vulg. & pup. ſubſt.* Ex, id eſt, à fidei commiſſario coactus. Tu videſis Briſſonium in *Ex*, ubi plura. Nec ratio hic deeſt, quia Satiſdatio non tam exigitur à perſona, qua tali quam è Facultatibus ejus. *Apud officium*, pro, apud *officio præpoſitos*, & in Jure & apud Hiſtoriæ Auguſtæ ſcriptores reperitur, ut in *l. 73. §. 1, d. Evict. & in l. 17. d. In jus voc.* Denique, Non ſcripſerit Ulpianus, ait: ſi *hoc judici ſederit*, pro eo quod dicere debuit, *ſi judici ita videbitur.* Imo potius tam elegans hæc locutio eſt, ut vel ideo non credamus hunc locum eſſe Triboniani, Virgilius *Æn. 5.*

Idque pio ſedet Æneæ, probat auctor Aceſtes.

Et alibi:

Si ſedet hoc animo Teque tuoſque juvat. Æn. 2.

Mali ominis eſt hæc critica cenſura Fabri.

Paulus Lil. xiv. ad Edict.

De die ponenda in ſtipulatione ſolet inter litigatores convenire; ſi non conveniat, Pedius putat in poteſtate ſtipulatoris eſſe, moderato ſpatio de hoc à judice ſtatuendo. L. 8. pr. Qui ſatisd. cog.

1. Quid opus erat moderato ſpatio à judice præfigendo, cum Prætor Edicto ſuo vicena millia paſſuum in ſingulos dies dinumerari juſſiſſet *l. 1. Si quis caut. in jud. ſiſt.* Accedit, quod non Judex, ſed prætor id arbitrari debuerit, ſi arbitratu opus fuerit, cum de tempore ante litem conteſtatam agi manifeſtum ſit. Ablativos etiam Triboniano familiares arguit idem Faber. Diluit hæc argumenta Bachovius. Primum quod hic agatur, de tempore conventione partium expreſſo, de quo ſi controverſia incideret, prætor id extra terminos Edicti ſui moderari poterat. Ad II. Judicis nomen etiam prætorem comprehendit *l. 1. l. 81. d. Judic.* De Ablativis tam eſt inane, quam ratio *quarta*: Litigatorum mentionem arguere tempus poſt litem conteſtatam; quod tamen falſum ſit, cum hic de tempore judicio ſiſtendi, quod litem conteſtatam præcedit, agatur. Nihil eſt falſius, quam litem non eſſe, prius quam conteſtatur: Nec enim conteſtari poſſet, ſi non eſſet lis prius. Vide ſis Briſſonium in *Lib. 1.* ſi tres dubium recipit. Nimis indulget conjecturis ſuis Faber.

Ulpianus

Ulpianus Lib. IV. ad Edictum.

Qua quisque actione agere volet, eam edere debet. l. 1. in pr. d. Edend.

1. Ad Eunomicam conſiderationem pertinet id quod Pragmatici de ineptâ Juris Romani antiqui accuratione movent, quà fuerit opus, uti nomen Actionis inde ab initio exprimeretur; quod nimis ſcholaſticam & puerilis obſervantiæ accurationem præ ſe ferat: Unde mores & fori ſtylus merito receſſerint; maxime ſi cum antiquo rigore comparetur, quo ſi quis *formulâ excidiſſet*, ut loquitur Suetonius *in Claudio*, id eſt, conceptionem verborum ſolennem non exactè ſervaſſet, is causâ cadebat, ut Interpretes ad §. *ſi quis agens I. de Act.* ſpiſſe probant & Briſſonius in voce *formula* & in libro *de formulis* prolixè. Quo pertinet, quod Cicero *in Orat. pro Mur.* Jurisctos vocat aucupes ſyllabarum, & formulas aucupatione ſyllabarum inſidiatas fuiſſe civibus ait Imp. in *l. 1. C. De formul. & impetr. ſubl.* Sed hic quidem rigor antiquus jam à Conſtantino ſublatus eſt in *tit. C. de formulis & impetrationibus ſublatis.* Atqui actionum nomina in libello fuiſſe exprimenda, Interpretes adhuc frequenter exiſtimant, noſque id in poſition. *ad h. t.* obiter indicatum, in Prælect. *ad eund. tit.* forte nec inconſultò, quod non ſatis liqueret, omiſimus.

2. Videtur id quidem præ ſe ferre differentia actionum præſcriptis verbis, quæ dantur è contractibus innominatis, ac ideo ſine nominibus inſtituuntur, à modo agendi in actionibus nominatorum contractuum; qui aliter fieri non poſſe videtur, quàm ita, ut cujuſque nomen actionis ſit exprimendum. Si quis è narratione facti pro æquitate negotii, ſine ſpecie & actionis nomine concludat, is in factum præſcriptis verbis agit, ut ex *tit. π. de Præſcr. verb.* conſtat; cui modo formæque longe diſpar in cæteris actionibus eſt ratio. Hæc res omnium prima eſt, in quâ *Jacobi Mæſtertii* Anteceſſoris quondam Lugduno Batavi, in *tractatu de Inſtitiâ Legum Romanarum*, methodus cum noſtra coincidit. Is autem à Jure Romano amoliturus hanc notam, negat in jure noſtro magis eſſe neceſſarium quam ſit uſu fori, nomen Actionis exprimere. Quod etſi novum non abs re dictum videatur, quia ſane vix eſt, ut illa nominis exprimendi neceſſitas è veteribus adſtrui poſſit: Locus enim hic, nihil quam actionis editionem, quæ plurium ambitu verborum æquè bene, quam per nomen certum exhiberi poteſt, requirit. Imo pro formularum veterum [illegible] ingenio melius ille plurium circuitus verborum, quam certi nominis compendium arridet: Ita in actionibus in rem, formula prolixa, quæ eſt apud Ciceronem *pro Muræna*, non habet nomen rei vindicationis: ſumma enim hæc eſt; *Fundum, qui eſt in agro Sabino &c. meum eſſe ajo; Ex Iure Quiritium l. 1. d. Rei vind.* Verum eſt, inter actiones in rem & in perſonam hoc fuiſſe diſcrimen, quod in illis ſufficeret, omnes cauſas una petitione comprehendere, in his ſpeciales cauſæ allegandæ ſint *l. 14. §. 2. d. Except. rei jud.* Sed ejuſmodi demonſtrationem è narratione facti pluribuſque verbis non minus quam per ſpeciale nomen fieri poſſe palam eſt. Nec aliud probant textus in hanc rem proferri ſoliti *l. 3. C. h. t. Edita actio ſpeciem futuræ litis demonſtrat.*

L. 33.

Digitized by Google

L. 33. *ff. de Iudic.* ubi, *edi genus actionis* & ſimiles alibi. Quo autem narratio ſic inſtituatur, ut judex haud minus quam actor, genus & nomen actionis inde colligere poſſit, hodiè non minus eſt neceſſarium, quàm apud Veteres unquam fuerit. Quod ſi maximè verum ſit, ut multis videtur, nomen actionis è contractibus nominatis ortæ, fuiſſe exprimendum, nihil in eo notâ dignum vel iniqui continetur; ſed utile videretur inſtitutum fuiſſe, continendis hominibus à temeritate movendi litem incertæ intentionis, iiſdem monendis, ut operam darent, ne concluſiones libellorum, quod ſæpe factum vidimus, errore non diſcernentium proprias actionum ſpecies & in genere petendi fluctuantium, corrumperent.

Ulpianus Lib. IV. ad Edict.

Editiones ſine die & Conſule fieri debent, ne quid excogitetur è die & Conſule, & prælato die fiat. l. 1. §. 2. d. Edend.

1. Non eſt dubium, quin hodie hoc monitum non obſervetur, Idque ratione fieri meliore quam Romanis viſum eſt, cenſet Groenewegius ad *h. l. Quoniam*, inquit, *dies & Conſul ſæpe eſt de ſubſtantiâ obligationis, eoque ſuppreſſo, non rei veritas perſpici, ſed eo prætextu vel ab ipſo edente falſitas committi poſſet.* E tribus hiſce rationibus prima refellitur è textu, quo diſtinguitur inter diem, in quem ſolutio collata eſt, qui pars eſt conventionis, quem edi oportet, atque inter diem, quo ſcriptum eſt inſtrumentum, quem negat eſſe partem contractus ſive negotii, de quo conſcriptum eſt inſtrumentum, JCtus; & certe etiam in Foro conſtat, diem celebrati contractus omiſſum, non vitiare contractum, ne quidem Teſtamenta, in quibus maxime falſi occaſio ex die prælato captari poſſet, ut Sandius noſter docet Lib. 4. tit. 1. def. 9. Secunda ratio, quod die ſuppreſſo, veritas perſpici non poſſit, eodem quod dictum, refellitur; ſiquidem dies & Conſul ad ſubſtantiam negotii non pertinet: ſi quid autem ex die petendum ſit argumenti adverſario, datur ei ad exhibendum authenticum petitio, ſine fraude, & in judicio deinde facienda; cujus rei copiam non negari, docent *Tituli ad exhibendum & de tabulis exhibendis & teſtamento aperiendo.* Tertia ratio, quod die & Conſule non expreſſo, ab ipſo edente falſitas committi poſſet, ex eodem, quod diximus, authentici in tempore ſuo exhibitionem non poſſe negari, amovetur. Nihil igitur, quo minus prudenter Romani conſuluiſſe videantur, affert Cenſor. Quod autem in Foro ſecus obſervatur, inde videtur ortum, quod & in aliis rebus animadvertere liceat: Veteres in fabrefaciendis falſis majori dexteritate, hoc eſt, calliditate ac audaciâ, quam hodie fiat, uſos fuiſſe; ut vel inde colligere licet, quod Lex Cornelia de Falſis olim *Teſtamentaria* vocabatur, quod in his artificia falſitatis creberrime inſtituerentur, ut Juſtinianus ſcribit in §. 7. *Inſt. de publ. Iudic.* quod his temporibus tam frequenter fieri, minimè docet experientia.

Ulpianus Lib. IV. ad Edictum.

Sed ibi quis compellitur edere, ubi argentariam exercuit, & hoc eſt conſtitutum. Quòd ſi inſtrumentum argentariæ in alia provincia habeat, in alia adminiſtraverit: ibi puto cogendum edere, ubi argentariam exercuit. Hoc enim primùm deliquit, quòd alio inſtrumentum tranſtulit, quod ſi in alio loco argentariam exercet, alibi autem ad editionem compelletur: minimè hoc facere cogitur, niſi deſcriptum velis, ubi de ea re agitur, eum tibi dare, tuis videlicet ſumptibus. L. 4. §. 5. d. Edendo.

1. Totam additionem à verbis: *Quodſi in alio loco* ad finem uſque male cohærere, &, eſſe adſutam à Triboniano perperam ſtatuit Faber: Nám ſi nihil quam ἔμβλημα arguit, Eunomia minus hoc ad animum revocaret: Id enim per ſe non eſſe Crimen, aliquoties dictum eſt. Rationes ejus non jam vocat Bachovius pudendas, ſed refellit eas minus plene & perſpicue. Prima tamen ratio verè pudenda captio eſt. Nam quod ſcriptum eſt, ait *Faber*, *alibi ad editionem compelletur*, præſupponit, argentarium poſſe compelli ad editionem faciendam alibi quam ubi argentariam exercet, quod pugnat non modo cum ratione juris: Sed etiam cum eo, quod ſtatim ſequitur, *minimè cogitur hoc facere*. Hæc Faber, non tam reprehendendus eo, quod Tribonianum, in una periodo ſibi ipſum facit contradicentem, ut duo cola ſine diſſonantia connectere nequiverit; ſed quod ipſe proprium incredibilem indicat ſtuporem & feſtinatam incogitantiam; quod hanc propoſitionem, *ſi alibi quam ubi argentariam exercet ad editionem compelletur, minime ia facere cogitur*, reſolvit in duas pugnantes ſententias; *poteſt Compelli, & non poteſt cogi.* Multo excuſatius peccantes ſæpe vidi ſtudioſos in *legenda l. 77. d. R. I. Actus legitimi, qui recipiunt diem, vel conditionem, veluti Mancipatio, Acceptilatio, Hereditatis aditio, datio tutoris in totum vitiantur per temporis, vel conditionis adjectionem.* Faciebant inde duas poſitiones. *Actus legitimi recipiunt diem vel conditionem; & mox: Actus legitimi vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem.* Tamen ultro ſe revocabant ad rectum ſenſum, connectendo utriuſque coli lectionem. Faber ſuum πάρεργον transverſarium, manſuræ poſteritatis memoriæ commiſit. Id non advertiſſe Bachovium miror, cum nihil ſit deformius, nihil aptius ad Anticyram & helleborum, quo toties illum remittit, ubi minus id meretur. Talia paſſim obvia ſunt, ut hunc quoque loquendi modum fruſtra cenſor exagitet. Pergit Faber, ſed & quod ſequitur per ſpeciem exceptionis. *Niſi deſcriptum velis, ubi ea de re agitur eum tibi dare*, deſtruit præcedentem ſententiam: An non enim hoc ipſum eſt Edere, diſcriptum dare? Imo plus eſt quam Edere; quia, ut Editio fiat, ſufficit fieri copiam deſcribendi *l. 1. §. 1. h.* plus autem eſt, deſcriptum dare quam deſcribendi copiam facere: Sic ille. Tu verò dic potius, omnimo pluris eſſe deſcribendi copiam facere, quam deſcriptum dare, quia ad illud requiritur exhibitio Authentici, ad quod in *caſu h. §.* argentarius non tenetur, in quo & momentum hujus quæſiti vertitur, ut ipſe Faber indicat in *ſeqq.* Nec inquitatem tollit, *ait*, quod temperamenti loco ſubjicitur, *Tuis videlicet ſumptibus.* Non enim ſolis ſumpti-

Digitized by Google

ſumptibus id æſtimatur; ſed periculum in eo quoque verſatur magnum, ne rationes, dum per longum fortaſſis & periculoſum iter afferuntur, intercidant. Hæc Faber ipſe dicta ſua deſtruens; & adſtruens, quod in textu habetur, deſcriptum dare minus eſſe, quam deſcribendi copiam facere; cum ad hoc Authentici tranſlatio & exhibitio requiratur, ad illud minimè. Cenſura temeraria & ἀντεκκατάκριτος.

Uipian. Lib. IV. ad Edict.

Unde apparet, ita demum tenere hos edictum, ſi ad eum pertineat. Pertinere autem videtur ad me ratio, ſi modo eam tractaveris, me mandante. Sed ſi procurator meus abſente me mandaverit, an mihi edenda ſit, quaſi ad me pertineat? & magis eſt, ut edatur. Procuratori quoque meo edendam rationem, quam mecum habet, non dubito, quaſi ad eum pertineat: & cauturum de rato, ſi mandatum ei non ſit. L. 6. §. 5. d. Edendo.

1. Cenſura Fabri: Quid hic Procuratori ad edendam rationem, quam mecum habet, de rato cautio injungitur, ad quam nemo tenetur qui proprium negotium gerit; ut heic Procurator ſuas edens rationes. Sed de rato cavet Procurator cum mandatum non habet ſufficiens *l. 3. 12. & paſ. C. de Procur.* Juris ratio non patitur. Ideoque Faber ab imperito Interprete ſcriptum eſſe. Et cauturum de rato, cum prius legeretur & legendum ſit, *Nec cauturum de rato.* Ad hoc Bachovius ad τὰ πρῶτα ad *h l. Qui non intelligit textum, impudenter eum emendat,* inquit. Malim, *imprudenter*, niſi non intelligere & errare ſit voluntatis, ut recentior vult Philoſophia, volentem errare ſit impudentiæ. Obreptum eſt Fabro feſtinanti & cenſura prurienti: Non agitur hoc loco, de rationibus Procuratoris ab ipſo edendis; ſed de rationibus argentarii edendis procuratori meo: Ad quas exigendas cum generale mandatum, quod habet à me, non ſufficiat, cautione de rato defectum illum ſupplere debet. Impoſuere Fabro verba, quæ & alii imponere poſſent, non nimis attento Lectori: *Procuratori quoque meo edendam rationem quam habet*, ſcilicet, *argentarius*, de cujus rationibus actum inde *à pr. l. 4. ad hunc uſque locum.* Id etiam Accurſius in gloſſâ monuit. Cenſura Fabri ne hic quidem probabilis.

Paulus lib. 3. ad Edict.

Nihil intereſt, ſi ſucceſſores, aut pater, aut dominus argentarii, ejuſdem fuerunt profeſſionis: quia cum in locum, & in jus ſuccedant argentarii, partibus ejus fungi debent. Is autem, cui argentarius rationes ſuas legavit, non videbitur contineri: (quia juris ſucceſſor his verbis ſignificatur) non magis, quàm ſi ei vivus eas donaſſet. Sed nec heres tenebitur, cum nec poſſideat, nec dolo malo fecerit. Sed ſi ei, antequam eas tradat, tenebitur quaſi dolo fecerit. Item ante quam eas tradat, tenebitur. L. 6. §. 1. *Eod.*

Digitized by Google

1. Ultima verba, *Quod ſi nihil dolo fecerit*, *cauſâ cognitâ*, *Legatarius cogendus eſt edere*, male, contradictorie & imperite à Triboniano adjecta eſſe contendit Antonius Faber; quem in eo turpiter errare ſcribit Bachovius *ad h. t.* Faber ita colligit; Paulus primo negat, legatarium cogi ad edendum; mox additur; eſſe cogendum, cauſâ cognita. Hæc eſſe contraria, Tribonianus ſcilicet, videre non potuit; ideo miſer emblemate ſuo ſe proſtituit, qui φύσεως καὶ παιδείας εἰς ἄκρον ἀφίκετο, ingenio & doctrinâ primus ſui temporis. Ad hoc refutandum ſufficit, recenſere ſententiam.

2. Mortuus argentarius rationes Titio legavit, heredem Cajum reliquit. Tertius edi petit rationes; ſummo jure neuter tenetur; non Legatarius, quia non eſt *Juris* ſucceſſor §. *Legatariis I. de Teſtam.* non heres, quia non habet rationes, nec edere poteſt. Hæc eſt regula ſummi juris. An igitur Tertius à jure tralatitio petendi rationum editionem ſecludetur? Iniquum id quidem. Ergo viam monſtrat Paulus, quâ editio fieri debeat: Heres enim tenebitur, ſi dolo fecerit. Si nulla fraus ejus vertatur, Legatarius, cauſâ cognita, compelletur ad edendum. Atqui nullus eſt ſenſus horum verborum, *cauſâ cognitâ*, ait Faber, quid enim in cauſæ cognitionem veniet? Imo hæc formula toties adhibetur, quoties ipſo jure aliquid non competit, ex bono & æquo tamen, ſi alius non detur exitus, conceditur, ut in hac ipsâ materiâ *l.* 6. §. 8. *h. t.* & paſſim. Summum jus eſt, Legatarius non tenetur ad Edendum: Si tamen res poſtulat & Tertii intererſit, nec aliter Editio haberi poſſit, Tertius id Prætori demonſtrat, qui cauſa cognita id ita ſe habere cernens ex æquo & bono legatarium, qui habet rationes, edere compellat. Quis in eâ re, non curvo præditus ingenio, quicquam iniqui aut male connexum deprehendit?

Gajus ad Edict. Provinc.

Ideo autem argentarios tantum, neque alios ullos abſimiles eis edere rationes cogit, quia officium eorum, atque miniſterium publicam habeat cauſam: & hæc principalis eorum opera eſt, ut actus ſui rationes diligenter conficiant. L. 10. §. 1. *Eod.*

1. Verum eſt, Argentarios ſolos cogi, non alios ſimiles aut abſimiles, ait Faber, & verba *abſimiles eis*, adſuta eſſe ab Interprete: Cur non à Triboniano? Nam quo minus id extenſionem recipiat, juris ratio non refragatur. Primo ad nummularios extenditur editio in ipſa *l.* 9. §. 2. *h. t.* Sed ſi *non coguntur*, ait Faber. Imo & hos compelli, non eſt iniquum, ait ipſe Paulus in *d.* §. 2. cujus verba non repudiant, ſed invitant latiorem interpretationem; *Quia & ſi nummularii, ſicut argentarii rationes conficiunt, & frequentiſſime ad fidem eorum decurritur.* Criſis igitur minimè neceſſaria.

Modeſti-

Digitized by Google

Modeſtinus lib. 3. Regu.

Poſtquam pignus vero debitori reddatur, ſi pecunia ſoluta non fuerit; debitum peti poſſe dubium non eſt: niſi ſpecialiter contrarium actum eſſe probetur. L. 3. d. Pact.

1. Faber in *Rat. h. Aliquid ſpecialiter agi, quid aliud eſt, quam expreſſim dici? A qui tractat Paulus* (Modeſtinus) *de pacto tacito. Non ergo ad Pauli propoſitum accommodota locutio eſt, niſi ſaltem dictio illa* ſpecialiter *tollatur.* Non eſt veriſimile quæſitam eſſe hanc voculam à Triboniano, ut adjiceretur, ubi nullam niſi contradictoriam haberet ſignificationem. Quid eſt *ſpecialiter*? Opponitur τῷ *generaliter*, In genere autem Pignoris redditio non arguit debiti remiſſionem: Niſi è circumſtantiis aliud colligatur, quod eſt ἐκ τῶν καθ' ἕκαστα, *è ſingularibus*, id eſt, ſpecialiter. Non poteſt aliud actum eſſe, niſi è ſingularibus id colligatur; quod eſt ipſum illud *ſpecialiter.*

Ulpianus Lib. IV. ad Edict.

Nuda pactio obligationem non parit, ſed exceptionem l. 7. §. 4. d. Pact.

1. Hoc caput eſt unum è præcipuis, quod Juri Romano domi foriſque, ut à ratione, veritate, fide, juſtitia literiſque ſacris devium objicitur, imò repugnans ipſius regulæ Ulpiani, quam in *l. 1. in pr. h. t. Nihil tam congruum eſt fidei humanæ, quam ea quæ inter eos placuerunt, ſervare.* Sed nuda pactio quid ſibi velit inprimis videndum. Explicatur in hoc *ipſo* §. 4. *cum nulla ſubeſt cauſa propter conventionem*, vel ut alii legunt *præter* Conventionem, quod mallem, quando partes adhuc ſtant intra nudos conventionis terminos, quæ conventio nec habet nomen certum neque cauſam, ubi nomen deficit; id eſt, dationem vel factum ab alterâ parte impletam vel impletum, ut idem Ulpianus docet in *h. l.* 7 §. 1. & 2. ut puta, dedi tibi rem, ut mihi aliam dares; dedi, ut aliquid faceres: vel etiam feci aliquid, ut tu dares, eſt cauſa *d. l. 7.* Quippe Romanis ita viſum fuit: Conventiones uſus neceſſarii & quotidiani, quibus nomina Legibus indita eſſent, vel quæ ab altera parte dando vel faciendo impleta fuiſſent, has parere obligationem debere; Cæteras conventiones non placuit in Foro Veteri ad agendi efficaciam admittere; ſed hæ cujuſque pudori & generoſitati relinquebantur: donec Prætor videns id eſſe prædurum edixit, ſe pacta ſine dolo inita nec legibus adverſa ſervaturum *l. 7. §. 8. h. t.* ut ſi reus ab alio conventus pactum adverſarii liberatorium aut aliud probare poſſet, hoc ſe tueri jus & facultas foret. Convenire aliquem ex pacto ſimplici non licebat, niſi vel ſtipulatione ſolenni firmatum eſſet, vel traditione cauſam accepiſſet *l. 45. h. t.* idque nec recentiore quidem jure legimus emendatum vel mutatum. Hoc autem eſſe contra jus Naturæ & divinum, quod omnia promiſſa licet damnoſa ſervari jubet & contra Jus Canonicum *c.* 1. & 3. *x. de* Pactis, haud ſine ratione plerique ſtatuunt.

2. Juris Interpretes vel id ipſum fatentur, inter quos noviſſimè *Cyprianus Re-*

gneri ab Ooſterga Anteceſſor Ultrajectinus, *in tract. de Injuſt. Leg. Rom.* Jus noſtrum hac parte juri divino non minus quam Canonico eſſe contrarium pertendit. Alii diverſas tuendi Juris Cæſarei rationes ineunt; quos inter Franciſcus Connanus *lib.* 1. *Comment. Jur. Civ. c.* 6. & *lib.* 5. *cap.* 1. ſerio defendit; quod & Hobbes agit in *cap.* 2. *de Cive*; Jure naturæ, nec adeò jure divino, pacta quæ non habent συνάλλαγμα, id eſt, nuda, ſicut modo deſcripta ſunt, nullam inducere obligationem; honeſte tamen impleri, ſi modo talis res ſit, quam etiam citra promiſſum alioqui præſtare honeſtum foret. Rationes ejus adferre atque refellere ſuperſedemus, utique poſt Grotium, à quo id diligenter actum in *lib* 2. *de jur. b.* & *p. c.* 11. *à pr.* ubi docet & demonſtrat, jure naturæ, quamlibet ſignificationem claram voluntatis, de re vel jure aliquo in alium transferendo, ab eodem acceptatam valide obligare; quod & ſacræ literæ adfirmant *Proverb* 6. *à pr.* etiam eo, quod Dei naturæ repugnet, à ſe promiſſa non præſtare *Nehem.* 9. 8. *Dicta tua firmaſti, quia juſtus es, Hebr.* 6: 18. πρᾶγμα ἀμετάθετον, *res immutabilis fides à Deo data.* ψεύσασθαι Θεὸν ἀδύνατον; *Impoſſibile eſt, ut Deus fidem fallat.* Adde 1 *Teſſal.* 5: 24. 2 *Thim*, 2: 13. unde rectè colligitur, id ex natura immutabilis Juſtitiæ proficiſci.

3. Diverſam iniit rationem Jacobus Mæſtertius in *lib. de Juſt. LL. Roman. c.* 31. qui ſic inſtituit, quod Leges Romanæ de Pactis nudis obligationem non parientibus adfirment, ut id de Pactis non ſerio neque deliberato animo initis intelligi velit. Sed hanc minime bonis avibus captam eſſe conjecturam à Mæſtertio, jam pridem à Vinnio in *tract. de Pactis* aliiſque, à nobis etiam in Præl. *ad hunc tit.* palam factum eſt. Sola ſufficit huic commento refellendo Lex 45. *h. t. ubi, Diviſionis placitum, niſi traditione vel ſtipulatione ſumat effectum, ad actionem, ut nudum pactum, nulli prodeſſe poterit.* Si de fundo communi dividendo placitum, non quaſi de re ſeriâ initum videri poſſit, haud facile, quid ejus gereris dari poſſit, expromes. Verum eſt equidem, hanc cauſam fuiſſe Romanis è pacto non dandi actionem, quod ſæpe temere ineuntur. Sed jus ſemel introductum, ab illâ ratione in hypotheſi non pendet, ſed generaliter obtinet, in terminis Juris conſtituti. Legiſlatores aliqua ratione moti certas leges promulgant; ſed hæ ſemel publici juris factæ non pendent amplius ex eo, quod prima ratio quæ movit Legiſlatorem, hoc aut illo caſu exter aut non obtineat; Ita enim nihil certi juris eſſet in Republicâ. Donationes inter virum & uxorem ſunt prohibitæ; quia ſæpe prætextu amoris alter alterum ſpoliaret, aut ex negatione ſimultates pullularent. Sæpe uſu venit, ut tale periculum non ſubſit; nec ideo tamen inter ejuſmodi conjuges licitæ donationes. Exempla toto jure ſparſa ſunt.

4. Jam vero ſi nihil eorum ad Juris Romani patrocinium ſufficit, quid nos tandem? Equidem ſi quam certum eſt, hic nihil eſſe difficultatis, tam facile reliquos hujus inſtituti nodos expliciturus ſum, minus periculi erit, quod & alias exiguum imminet; ne quis hæc incerta juris, conantem reddere certa, merito id agere putet, ut Juris auctores cum ratione inſanientes exhibeantur. Miror potius, cuiquam in mentem venire potuiſſe, dubitare, numquid Romanus populus aliquid detrahendo Juri Naturæ vel Gentium, ſibi jus proprium facere potuerit. Nam ſi hoc nefas eſt, jam dudum graviter à nobis peccatum ſit, quod à cen-

ſurâ

Digitized by Google

ſurà abſolvimus Ulpianum in *l. 6. d. Juſt. & jur.* ubi, *Jus Civile*, inquit, *eſt, quod neque in totum à naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei ſervit. Itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id eſt, Civile efficimus.* Ita in hoc articulo; Jus commune, id eſt, naturæ ac gentium dictat, ex quolibet pacto, naſci obligationem: Romani addiderunt certam conceptionem verborum ſine qua non placuit illis obligationem & actionem dari: hoc, inquam, addiderunt, & ſimul detraxerunt vim obligationis è pactis ſimplicibus; quam habent Jure Naturæ.

5. Tu dices; unde populus Romanus habuit poteſtatem diſponendi de Jure, quod non eſt ſuæ creationis & quod immutabile modo diximus? Audi; nihil conſtituit in fraudem aliarum gentium, aut vere invitis iis, quorum intereſt: Exteris è quovis pacto tenetur populus Romanus & quilibet civis: nec aliter unquam ab illis conſultum fuit. Sed quod Cives Romani inter ſe conſtituerunt, quemadmodum Lex eſt ſponſio civium *l. 1. d. LL.* uti & frui hoc jure, minuendis litibus ac cohibendis captionibus; ne pacta nuda darent actiones in foro, ſed cujuſque conſcientiæ relinquerentur; quid hoc ad Jus Gentium aut Juris Naturæ violationem? Imo ſi hoc nefas eſt, nihil juris civilis à naturali vel gentium jure diſtinctum erit in mundo. De bonis & diſpoſitione patrimoniali quilibet populus, ut quiſque privatus, liber eſt arbiter & moderator. Juri ex pacto quæſito vel quærendo quilibet hauddubiè renuntiare poteſt. Quid ni quod ſingulis licet, omnes ſimul facere poſſint? Lex autem hæc de Pactis nonniſi per exceptionem ſervandis, fuit conventio populi Romani, συνθήκη κοινὴ πόλεως, *l. 2. d. Legib.* qua omnes & ſinguli, juri actiones è pacto ſibi quærendo renuntiabant.

6. Atque hinc etiam decidi poteſt quæſtio, quæ multis difficillima videtur, an ut Judex ſecundum Legem, de Pactis actione non proſequendis ſine ſcrupulo animi judicare poterat, ita privatus, qui pacto aliquid promiſit, ſalvâ animi conſcientiâ implementum ejus negare poſſit. Adfirmatio videtur habere facultatem; hac ratione; quod alter ſalvâ fide, quâ omnes tenentur ad Leges ſervandas, in quas primi conditores diſertè, reliqui tacite conſenſerunt, implementum pacti per actionem petere non poteſt: Sed uterque in paciſcendo hac mente fuiſſe videtur, ut nonniſi in exceptionis uſu effectum haberet. Neque ſolus hic eſt effectus veriſſimæ poſitionis, quod Lex ſit conventio publica Civium, non modo in populari ſed etiam in optimatium & ſingulorum Imperio. Tametſi hæc res in pactis liberatoriis, quæ nonniſi per exceptionem uſum habere poſſunt, maximè verſatur, poteſt tamen & in promiſſoriis hoc modo; Pactus es à me centum. Petis eos; ego vero, expecta dum exceptionis uſus tibi veniat, inquam. Hæc mea fuit, nec alia tibi mens eſſe potuit aut debuit, ſecundum Legem & morem civitatis, Romanæ ſcilicet antiquæ. Nam hodiernæ gentes ſimplicitatem Juris Naturæ ſequuntur; ut ex quolibet pacto dent obligationem & actionem; quod ſane Juri Romano præferre non dubitabimus; etiam ob Chriſti Domini dictamen; Veſtrum ναὶ ſit ναὶ; veſtrum οὒ ſit οὔ. Nec tamen quod aliquanto deterius Romanum jus in univerſum videtur, etiam ideo pravum exiſtimari debet quod in rem ipſorum magis eſſe viſum fuit. Non temere quidem, in definitione Juris, quod ſit *Ars boni & æqui*, per æquum intelligunt, id quod naturali univerſæ ſimplicitati

conve-

convenit, per *bonum*, quod civitati conducit ac utile judicatur. Ut autem quod bonum eſt, etiam ſit æquum, ſufficit, non eſſe iniquum; quemadmodum juſti definitionem antea diximus ex Grotio 1. *de jur. b. & p. c.* 1. §. 1. eſſe, *quod non eſt injuſtum.* E Pacto autem ex conventione civium non oriri actionem ſed exceptionem duntaxat, id non eſſe iniquum facile obtinuimus. Imo æquiſſimum id eſſe, propter utilitatem publicam defendit Antonius Faber ad *l.* 7. §. 7. *h. t. Replerentur enim omnia litibus, ſi jus ita eſſet, ut ex quolibet pacto nudo agi poſſet*, ait ille. Unde colligit, non poſſe verum eſſe, quod vulgo jactitant; hodie pacta nuda jure Canonico parere actionem ex *c.* 2. *x. h. t.* Etſi hoc quidem argumentum evidentia uſus contrarii per omnem Europam omniumque præter Romanos, populorum mores & leges refellunt; Ut tamen ideo lites non ſint plures, ubi inter pacta & ſtipulationes non diſtinguitur, quam ubi è pactis actio negatur. Bachov. ad *τὰ πρῶτα, cap. de effectu Pactor.*

7. Non poſſum hic tacitus præterire, quod plerique merito de Pactis monent, etiam hoſtibus, hæreticis & infidelibus fidem datam eſſe ſervandam. Quo nomine Poteſtantes ſolent reprehendere Pontificios, & credo rectè, dubito an in omnibus. Noſter Wiſſembachius illâ theſi poſitâ ſubjungit, *Comment. ad h. t. n.* 10. *Itaque æterna merito infamia Pontificis Eugenii eſt, qui Ladiſlao Hungariæ Regi auctor fuit, ut pacem cum Turcis factam violaret, cujus conſilium etiam infeliciſſimus Regis exitus perfidiæ damnavit*, anno 1444. Chronic. Car. *lib.* 5. *pag.* 840. Ubi ſane vel Carion vel Melanchton, ſcribit *Ladiſlaum rupiſſe pacem cum Amurathe II. initam, ex Eugenii Papæ inſtinctu, Juliani Cardinalis infanis & exitialibus conſiliis, qui Pontifici licere juramenta, præſertim hoſtibus Chriſtiani nominis præſtita, religioſa auctoritate reſcindere contendebat.* Nos rem aliter ex Bonfinio rerum Hungaricarum ſcriptore retulimus in *tom.* 2. *Hiſt. Civ. lib.* 1. *ſect.* 2. *& ſeqq.* Ubi è connexione rerum liquet, argumentum Juliani fuiſſe, quod Hungari prius obligati fuiſſent Chriſtianis fœdere contra Turcas facto, quibus ſuum jus pacto cum Turcis adimi non potuerit. Quæ habet ſpeciem ambigui ſententia, Pactum prius per poſterius cum alio initum minime tolli; ſed promiſſorem magis obligatum eſſe prioribus; quo fiat, ut poſterius ſit nullum. Sed vera eſt ratio, neutrum pactum eſſe nullum, paciſcentem, prioribus eſſe obligatum & poſterioribus; Alteri ad præſtandum quod promiſit, alteri in id quod intereſt; ſicut is qui duobus rem vendidit utrique tenetur, alteri ad rem tradendam, alteri in id quod intereſt emptoris *l.* 14. *in pr. π. de Addict. in diem.* Uladiſlaus igitur ſi non habuit juſtam recedendi à priore pacto cauſam, quod magis eſt ut habuerit, illis tenebatur ad fœdus implendum, ſed Turcis ad omne damnum inde acceptum; vel potius his ad pacem colendam, illis ad damnum illatum & commodum ceſſans reſtituendum. Sed perfidiæ in Turcas crimen hac via, quam Julianus præibat, non evitabat. Nec tamen verum eſt, in eo ſe fundaſſe Julianum, quod Turcis non eſſet ſervanda fides, ſiquidem vere Bonfinius refert. In comparatione potuit dicere, Chriſtianis potius quam Turcis conſulendum videri: Non eſt etiam improbabile, potuiſſe eum dicere, ſiquid ex jurejurando Turcis dato ſcrupuli ſupereſſet, Pontifici eſſe jus hanc religionem majori religionis cauſâ ſolvendi: ſi quid amplius dixerit, Hiſtoria oportet loquatur.

Ulpia-

Ulpian. Lib. iv. ad Edict.

Adeo autem bonæ fidei judiciis exceptiones poſtea factæ, quæ ex eodem ſunt contractu, inſunt: ut conſtet, in emptione, ceteriſque bonæ fidei judiciis, re nondum ſecuta, poſſe abiri ab emptione. Si igitur in totum poteſt, cur non & pars ejus pactione mutari poteſt? Et hæc ita Pomponius libro ſexto ad edictum ſcribit. Quod cum eſt, etiam ex parte agentis pactio locum habet, ut & ad actionem proficiat, nondum re ſecuta, eadem ratione. Nam ſi poteſt tota res tolli, cur non & reformari? ut quodammodo quaſi renovatus contractus videatur, quod non inſubtiliter dici poteſt. Unde illud æquè non reprobo, quod Pomponius libris lectionum probat: poſſe in parte recedi pacto ab emptione; quaſi repetita partis emptione. Sed cum duo heredes emptori exſtiterunt: venditor cum altero pactus eſt, ut ab emptione recederetur: ait Julianus valere pactionem, & diſſolvi pro parte emptionem: quoniam & ex alio contractu paciſcendo alter ex heredibus adquirere ſibi po[ſſ]it exceptionem. Utrumque itaque rectè placet, & quod Julianus, & quod Pomponius. L. 7. §. 6. d. Pact.

1. Multa in hoc §. ut Florentiæ legitur, deſiderat Anton. Faber & alii. Primo hæc verba, *Bonæ fidei judiciis exceptiones poſtea factæ inſunt*, negant habere ſenſum idoneum ipſe & Cujacius. Hic legit, *depectiones:* Alter & *pactiones:* eo, quod in præcedentibus agatur de pactis, non de exceptionibus; & quod exceptiones non *fiunt poſtea*, ſed dantur à Prætore; ſic illi. Verum ſi tam propriè loqui amamus, ne pactiones quidem vel depectiones inſunt judiciis, ſed contractibus *l. 13. C. h. t.* vel ſi judiciis inſunt, tamen non *poſtea*, ſed antea factæ ſunt reſpectu judicii. Proprie exceptiones è pactis, non ipſa pacta inſunt judiciis; in his poſtea *fiunt*, id eſt, opponuntur; nec enim ſola prætoris, ſed etiam rei opera in illis vertitur. Quod autem ſuperius de pactis ſermo fuit, etiam de Exceptionibus actum fuit inde *à pr. h. l.* Nihil igitur mutandum cenſeo.

2. Verba textus, *Cæteriſque bonæ fidei judiciis*: Faber ait eſſe imperiti Interpretis, *cum hoc loco de ſolâ emptione tractetur.* Atqui in §. *præced. verſ: Idem reſponſum ſcio*, non minus agitur de ſolâ emptione; ſubjicitur tamen; *quod & in omnibus bonæ fidei judiciis erit dicendum.* Quominus hæc adjectio tam per Parentheſin, ut hic fit, quam ibi ſeparato colo adſpergi potuerit, nihil ab ipſo Fabro profertur: niſi quod hic agitur de pacto derogante contractui, antequam res ſequuta ſit, quod in cæteris b. f. contractibus, ut in Depoſito, Commodato, Pignore ſimilibuſque locum non habeat, utpote, qui non niſi à re tradita perfectionem habeant. Enimverò de contractibus b. f. qui Re contrahuntur hanc clauſulam non intelligi, palam eſt, ſtupidumque fuiſſe oporteret ejus auctorem qui non viderit quod expreſſum erat. Intellexit igitur contractus bonæ fidei conſenſuales, præter Emptionem venditionem, ut ſunt Locatio conductio, Societas, Mandatum. Pro verbis, *illud æquè non reprobo*, Faber legit, *Probo.* Et negat *τὸ reprobo* ſenſum habere idoneum. Sentit autem, in prioribus verbis, per pactum de parte venditionis mutanda, novam fieri venditionem, totamque priorem tolli emptionem. Quod præter Fabrum nemo facile dixerit. Ait enim

Ulpia-

Ulpianus *partem venditionis pactione mutari*, ut etiam ex parte agentis inſit pactum & actionem pariat, reformato & *quodammodo quaſi* renovato contractu Duplici notâ improprietatis, nequis verè novum eſſe contractum putet. Mutatio illa fit inprimis bifariam ratione mercis, vel pretii. Mercis, ſi placeat, ut pars rei inempta ſit, quo pertinet, quod ait Ulpianus *pars ejus pactione mutari poteſt*. Ratione pretii; ſi pretium partis rei minuatur vel augeatur, *quaſi repetitâ partis emptione*, ut hic ſcriptum eſt. Nam ſi totum pretium mutetur, nova magis emptio eſſe videtur, quam pactum emptioni adjectum, ut Paulus ad Papinianum notat in *l. 72. d. Contrah. Empt.* quæ ita cum *hoc* §. 6. non pugnat. Faber captat voculam SED, in ſequente *verſu*, ubi Julianus ait, ſi alter heredum pactus ſit, ut ab emptione quam defunctus fecit receedatur, *valere pactionem*, ut *venditio pro parte diſſolvatur*, eodem plane modo, quo priorem verſum accepimus: Sed ait Faber, particula SED eſt adverſativa, requirens ſenſum præcedenti contrarium; Quaſi non ſæpe τὸ ſed pro *ſed &* vel Porrò vel cæterum, acciperetur. Hic pro *ſed &* unicè accipiendum vel τὸ Et addendum aut intelligendum ratione manifeſta, quam & ultima h. §. verba directè ſuggerunt, indicantia conſenſum trium Juriſconſultorum Pomponii, Juliani & Ulpiani, adeoque omnium inter ſe partium conſonantiam. Poſtremo Faber, Emptionis ſubſtantiam, quæ in pretio conſiſtit, ait eſſe individuam, adductis pluribus Juris locis, quorum nullus id continet; mercem vel pretium pro parte mutari non poſſe; quod fieri poſſe docent hic & Ulpianus & Pomponius & Julianus. Ex his manifeſtum eſt, ultimam Fabri cenſuram in extrema verba §. 6. *Utrumque ita rectè placet, & quod Julianus & quod Pomponius*, quaſi hæc eſſent imperiti Interpretis, eſſe vitio creati Cenſoris, omneſque illos Auctores optimè inter ſe congruere, nec etiam à Papiniano diſcrepare vel à Paulo in *d. l. 72. d. Contrab. Empt.*

Ulpianus Lib. IV. ad Edict.

Pactorum quædam in rem ſunt, quædam in perſonam. In rem ſunt, quotiens generaliter paciſcor, ne petam. In perſonam, quotiens, ne à perſona petam: id eſt, ne à Lucio Titio petam. Utrum autem in rem, an in perſonam pactum factum eſt non minus ex verbis, quàm ex mente convenientium æſtimandum eſt. Plerumque enim (ut & Pedius ait) perſona pacto inſeritur, non ut perſonale pactum fiat, ſed ut demonſtretur, cum quo pactum factum eſt. l. 7. §. 8. d. Pactis.

1. Ineptiæ hæc verba, *non minus ex verbis, quam ex mente convenientium*, Faber inſimulat; Hauddubie enim ſitne reale pactum, an Perſonale, maximè è verbis, ſecundario ex mente verbis non expreſſâ colligitur; Ergo pro, *non minus*, legit *non magis*. Sed jam Cujacius ad *h.* §. monſtravit ſimiles locutiones in *l. 85. d. Solut. & in l. 15. §. 1. Ex quib. cauſ. maj.* ubi non tranſpoſitione Critica, quam urget Bachovius in *not. ad tit. ex quib. cauſ. maj.* ſunt hyſterologiæ, quibus ab analogia Scriptores optimi abludere gaudent. Ita quod Cajus dixit in *l. 31. d. Hered. inſt.* non *minus ſervos, quam liberos heredes inſtituere poſſumus*; ex alio antiquo

tiquo Juſtinianus ordine verſo extulit. *Heredes inſtituere permiſſum eſt tam liberos homines, quam ſervos, & tam propris: qurm alienos pr. Inſt. de Hered. inſt.* Adde *l. 1. l. 8. d. V. S.* aliaque paſſim. Seneca 1. de Tranqu. vit. 8. Bio eleganter ait: *Non minus moleſtum eſſe calvis, quam comatis pilos velli*, pro, *comatis quam calvis*; ut liquet ex eo quod præmiſerat; *Erras enim, ſi putas animoſius detrimenta divites ferre.* Faceſſat igitur inconſulta Criſis.

Ulpianus lib. IV. ad. Edict.

Quod fere noviſſimâ parte pactorum ita ſolet inſeri, Rogavit Titius, Spopondit Mævius; hæc verba non tantum pactionis loco accipiuntur, ſed etiam ſtipulationis. Ideoque ex ſtipulatu naſcitur actio, niſi contrarium ſpecialiter approbetur, quod non animo ſtipulantium hoc factum eſt, ſed paciſcentium l. 7. §. 12. d. Pact.

1. Hunc locum eſſe ſpurium nec ab Ulpiano, cujus nomen præfert, ſcriptum, nec Juri Pandectarum eſſe conſentaneum, ac ita ἀπροσδιόνυσον, cenſet Hotomannus in *lib. 7. obſ. c. 3.* & ex eo Wiſſembachius *emblem. Trib.* qui tamen ultimum duntaxat verſum, incipientem *niſi contrarium*, ita judicat eſſe ſpurium. Atqui per omnes Pandectas obvium nihilque fere notius eſt, quam his verbis; *Stipulatus eſt, ſive Rogavit Titius, ſpopondit Mævius*, nihil aliud intelligi quam Stipulationem. Hæc enim eſt ipſa verborum conceptio, quæ ſtipulationem à Pacto diſcernit, *Spondes? Spondeo. Promittis? Promitto. §. 1. Inſt. de Verb. Obl. §. 2. Inſt. Quib. mod. toll. obl. l. 40 d. Reb. cred. l. 121. in pr. l. 122. §. 2 d. V. O. l. 8. l. 11. §. 2. d. duo. reis. l. 18 §. 1. d. Acceptil.* Unde Hotomannus, *Certe*, inquit, *apud antiquos nemini unquam in mentem veniſſe arbitror, illam verborum formulam, Rogavit Titius, ſpondit Mævius, ad pactiones nudas referre, cum ea conſtaret, nil ſolam ſtipulationem pertinere.* Quæ ratio contra totum hunc textum militat, cumque νοθεύσεως arguere videtur.

2. Cujacius tamen *ad hunc locum* nihil deſiderat, tam ſagax alioqui genuina ſuppoſitis ſecernendi, nec arguit quicquam. *Hæc verba, Rogavit ille, ſpopondit ille, pro ſtipulatione accipiuntur*, ait, *quæ ſolet ſubjici pactis, niſi contrarium probetur; nam & pro pacto accipi poſſunt.* Plane, ut nihil Tribonianæum agnoſcere ſe Vir κριτικώτατος declaret; An forte quia ſecus Hotomanno plus quam æmulo placuerat? Nequidem Antonius Faber, qui nulli animadverſas ubique movet difficultates, hic loci quicquam requirit. Etiam reprehendit Cujacium, qui τὸ *pactorum* hic de *inſtrumentis* intelligit, quibus pacta continentur, quod tamen cur minus concedatur, nihil profert. Enimvero emblema non agnoſcentes incidimus in hanc difficultatem, quomodo pactum à ſtipulatione diſcerni poſſit, ad effectus momentum adeo notabiliter in Jure proditum. Nam *ſi eadem verba utrique conventioni congruenter aptantur*, ut probat Cujacius, *ita ut in pacto, ſicut in ſtipulatione, interveniat interrogatio & reſponſio*, difficile dictu eſt, quid inter pactum & ſtipulationem interſit. Hæc utique verborum obligatio dicitur; Quid ita, ſi verbis ſolennibus à pactione non ſeparatur; Cujacius omne differentiæ momentum ponit, in hoc, utrum verba *Rogavit Titius, Spopondit*

Mævius in medio conventionis inſtrumento, an in fine ponantur. Si prius, eſſe pactum; ſi poſterius, ſtipulationem cenſeri; *niſi ſi alia partium mens ſuerit.* Quâ limitatione tollitur iterum ſtabile diſcrimen pactionis & verborum obligationis; quæ à verbis, non à mente pendere debet. Mihi difficilis nodus videtur, etſi pleriſque diſſimulatus interpretibus.

3. Quomodo enim hæc verba, *non tantum pactionis loco* accipimus? cum iſta verba, *rogavit Titius, ſpopondit Mævius*, nullo modo ad pactionem, unicè ad ſtipulationem pertineant, ut magis textibus Juris ſuprà adductis, quam Cujacio credendum. Quin ſecundum hunc ipſum, verba, *rogavit, ſpopondit*, in concluſione poſita ſtipulationem duntaxat, non pactionem ſignificant. Quid igitur, adhuc rogo, ſibi volunt verba, *non tantum pactionis loco*, in hoc textu, quo poſita dicuntur in *noviſſima parte pactorum*, in quo ſitu tantum ſignificant, ipſo fatente Cujacio, ſtipulationem. Mendoſum eſſe textum trajectione verborum & hoc modo eſſe legendum nihil addendo aut demendo, *non etiam pactionis, ſed tantum ſtipulationis*, cenſuit eruditus juvenis *Cornelius Bynckershoeck in diſp. hic loci habitâ ad L. Lecta. 40. d. Reb. cred. cap. 5.* modeſtâ criſi & innoxiâ. At tamen obſtat Accurſianum illud; *non bene deſcendit emendatio ad literam*; natu alis enim eſt conſecutio verborum, *non tantum, ſed etiam*: verba vero, *non etiam, ſed tantum* minus obvia & expectata ſunt.

4. Videamus an non ita res explicari poſſit; ut neceſſitas emendationis ceſſet. Verba *Rogavit Titius, ſpopondit Mævius*, in fine pacti adjecta faciunt, ut non *tantum ſit pactio ſed etiam ſtipulatio, ut ſint utrumque*; pactio, quatenus continet materiam conventionis; ſtipulatio ad agendi vim adjicitur. Quandiu hæc verba, *Spondes? Spondeo*, non adjiciuntur, eſt *tantum* pactio. Sed horum adjectio facit, ut ſit *etiam* Stipulatio: Ac ita fit *his* verbis, *Rogavit ſpopondit*, ut *non tantum* ſit Pactio, ſed etiam ſtipulatio. Quod clarius & ſimplicius erit, per ſequentia: In veteri foro de rebus inter ſe contrahendis libere verbiſque promiſcuis homines agebant; rogabant, gerebant, minuebant, ſpondebant & tandem conſentiebant, quibuſcunque uſi fuiſſent verbis; hactenus erant pacta, vel Contractus ſecundum cujuſque negotii naturam. Poſtremo partibus plenè conſentientibus, verba ſolennia concipiebantur; *Quæ inter nos placuerunt, hæc te dare facere ſpondes? Spondeo.* In his erat confirmatio & quaſi obſignatio pactionis; quæ ſic in conſuetudinem verterat, ut illâ conceptione verborum non ſubjectâ, res imperfecta, nec aliud quam nuda pactio eſſe videretur. Quo pertinent verba Senecæ *lib. 3. benef. c. 15. Utinam*, inquit, *nulla ſtipulatio emptorem venditori obligaret, nec pacta conventaque impreſſis ſignis cuſtodirentur, fides potius illa ſervaret & æquum colens animus.* Huic etiam facit quod de Pomponio Attico quaſi rem inuſitatam refert *in ejus vitâ* Cornelius Nepos, eum Fulviæ Marci Antonii, rebus eorum afflictis, pecunias *ſine ſtipulatione* dediſſe mutuas. Hinc adeo illa conceptio verborum nomen accepit ſtipulationis, *à ſtipulo*, quod veteres *firmum* vocabant, derivatum à ſtipite, cui pacta quaſi per verborum conceptionem adfigebantur. §. 1. *I. de V. O.* Sic igitur Conventio ipſa verbis comprehenſa promiſcuis, ſive rogandi, ſive ſpondendi, ſive aliis, nihil eſt quam pactio; ſed ubi interrogatio & reſponſio conventioni & placito ſubjecta fuerit

rit, jam non ſit Pactio tantum, quod erat, ſed etiam ſtipulationis vim habet; *Ideoque ex ſtipulatu naſcitur actio.* Ita Ulpianus ex uſu temporis ſui recte atque ordine ſcripſerit.

5. Quod autem ſubjicitur; *niſi contrarium ſpecialiter approbetur* & cætera, nonne reverà tollunt differentiam characteriſticam inter pactum & ſtipulationem, quæ in verborum conceptione conſiſtit? Quippe ſi illâ in fine adjectâ, adhuc inquirendum eſt, utrum paciſcendi, an ſtipulandi animus adfuerit; verum non eſt, ſolenni verborum conceptione pactis ſubjecta committi ſtipulationem, nihilque prorſus inter pacta & ſtipulationes diſcrepantiæ remanebit, niſi quid extrinſecus de mente contrahentium colligatur. Jure noviſſimo, ſolennitas verborum eſt ſublata de ſtipulationibus & *quæcunque verba conſenſum contrahentium exprimentia ſtipulationis* firmitatem habere dicuntur in *l.* 10. *C. de Contrab. ſtipul.* Unde bene colligitur ab eo tempore, formam verborum, in pactis & Stipulationibus non habere certum diſcrimen, etſi aliter quibuſdam viſum; manente tamen effectus differentiâ, quod è pactis exceptio duntaxat, è ſtipulationibus actio naſcatur; quod diſcrimen nunquam ab Jmperatoribus ſublatum eſt. Quando igitur inter partes ambigitur, actio danda ſit, an exceptio, è Conventione nihil argumenti, præterquam ex animo contrahentium, paciſci, an ſtipulari voluerint, ex formâ conventionis nihil haberi poterit. Qualis animus fuerit, à probatione pendet, ut in *hoc textu:* Niſi quod adhuc verba requiruntur ad ſtipulationem, eaque inter abſentes contrahi poſſe non videtur, ut Juſtinianus adhuc docet in §. *Item verborum* 12. *I. de Inutil. ſtipul.* Unde poſtquam adeò uſque inter ſtipulationes & Pacta diſcrimen attritum fuit, levi momento res tranſiit ad ſimplicitatem Juris Gentium, in qua nunc ſumus; ut inter Stipulationes & Pacta nihil amplius ſit differentiæ, nec quo ad formam contrahendi, nec quod attinet ad effectum actionis & obligationis.

6. Sed ex juris Romani mutatione, quæ eſt in *d. l.* 10. dicendum videtur, ultima verba, Niſi *contrarium &c.* ſecundum Hotomanni & Wiſſembachii ſententiam adſuta fuiſſe à Triboniano. Quaquam Id non placet modo laudato Juveni eximio ad *d. l.* 40. *c.* 5. qui putat, ultima verba; *niſi contrarium ſpecialiter approbetur, quod non animo ſtipulantium hoc factum eſt, ſed paciſcentium*, eſſe à temeritate ſcribæ, qui verbis *rogavit Titius ſpopondit Mævius*, ſubjecerit, non ex ore partium ſed præter eorum mentem: Quo ſenſu illa exceptio nihil abludat à more temporis Ulpianæi. Sed explicatio illa refellitur è textu perſpicuè; Proponitur enim caſus, e more quo verba *Rogavit*, *Spopondit* noviſſima parte pactorum inſeruntur, utique ex voluntate partium, & quæritur quem effectum habeant. Exceptio igitur, quæ debet eſſe de regulâ, non poteſt alium ſupponere caſum, quam qui propoſitus fuit. Dein verba *Rogavit*, *Spopondit*, eſſe adjecta liquet; inde, *quod non animo ſtipulantium hoc factum eſt, ſed paciſcentium.* Supponit ipſum; factum verba *Rogavit*, *ſpopondit*, a partibus eſſe interpoſita, non à ſcriba ſubjecta. Si fuiſſet error ſcribentis, non erat digna res admonitione vel obſervatu.

7. Quando igitur de emblemate Tribonianæo in hoc loco Ulpiani conſtat, de merito Cenſuræ videndum. Et quanquam per ſe non eſſe reprehendendum antea

Digitized by Google

ſæpe diximus, quod Compilatores Pandectarum mutationes ſui temporis Veterum locis aliquando pro Juſtiniani inſtituto adjecerint; hoc tamen ita facere par fuit, ut ne cruces poſteris Lectoribus figerentur, nec obſcuritate Pandectarum Leges involverentur. Quod heic loci feciſſe Tribonianum vel ejus amanuenſes, hæc à nobis ſollicita verborum hujus textus excuſſio & habita ſuper ejus ſenſu diſputatio, ſatis, etſi nihil aliud dixerimus, indicat. Satius igitur fuiſſet, hoc emblema retinuiſſe, differentiamque juris antiqui & novi ſtudioſis è collatione Legum Codicis & Pandectarum relinquere colligendam; ſicut in pleriſque Juris capitibus, de quibus non ſunt ejuſmodi emblemata, faciendum eſſe, res jubet & loquitur methodus Juriſprudentiæ.

Eadem l. 7. §. 16.

Et generaliter, quoties Pactum à jure communi remotum eſt, ſervari hoc non oportet, nec legari, nec jusjurandum de hoc adactum, ne quis agat, ſervandum Marcellus lib. 2. Digeſt. ſcribit.

1. Hunc locum eſſe totum à Triboniano, non cohærentibus ſuperioribus, neque verum & rationi juris convenientem cenſet Antonius Faber in *Rat. ad h. t.* Sed cum ejus pace, nos primo, quaſi ad genuinum commentabimur. Dein ejus rationes inſpiciemus. Sententiam, quod ex pacto nudo non naſcitur obligatio & actio Iure Romano, cum ratione ſuſtinuimus. An æque bene ceſſurum ſit, quod jurijurando nulla vis major, eodem jure tribuitur, quam pacto nudo; ſi defendere in animum inducimus, valde metuendum ſit. Tanto ſanè gravior labes erit, quanto major eſt jurisjurandi religio, ſi fatendum ſit, hac parte labi Artis graviſſimæ conditores. Nec bonum ſit in re ſanctiſſima ludere vel quicquam tribuere patrocinii, quod ſub Lege τοῦ σαφῶς καὶ μὴ πανούργως ſuſcepimus, ambitioni. Agimus de vi jurisjurandi extra litis cauſam præſtiti; nam de litigioſo, quin de ipſa jurisjurandi formâ atque materiâ locus ſerit inferior, & *titulus de Jurejurando.* Heic quod nobis objicitur, in eo ſiſtere gradum oportet. Agit hic locus proprie de jurejurando confirmatorio: Sed ejus comparatio cum pacto arguit rem aliunde certiſſimam, etſi Mæſtertio negatam in *cap. 22. d. tract.* quem refellit Cyprianus & jus Civile eo nomine condemnat in *cap. 6. ſui tract.* quem Mæſtertio de *Juſtitia Legum Romanarum* ſcribenti, oppoſuit, haud veritus invertere titulum & inſcriptionem præferre, *de Injuſtitiâ quarundam Legum Romanarum*, *cap. 6.* Iuramentum non litis cauſâ præſtitum, ſed promiſſioni vel approbationi alicujus negotii adjectum, nihil addere virtutis novæ ad obligationem vel ad actionem forenſem fatemur, quia nuſquam id proditum legitur, extra, cauſam litis & uſum promittendi donum, operas, munus Patrono, quod libertis fuit impoſitum *l. 7. d. Op. libert.* Cui acceſſit aliquot ſeculis poſt Iuſtinianum, exceptio Friderici a barbâ roſsâ noti, quam Irnerius in Corpus Iuris intulit *Auth. Sacramenta puberum C. Si advers. vend.* ubi minor amittit beneficium reſtitutionis in integrum, jurejurando confirmatorio; quæ exceptiones regulam de jurejurando ad agendum ineſſicace firmiorem & evidentiorem reddunt. Proinde ratio Cenſuræ nulli dubia eſſe

poteſt

Digitized by Google

poteſt, Jure Civili illum qui fide juratâ aliquid promiſit, vel contractum jure invalidum firmavit, non poſſe conveniri neque teneri in foro ad dandum vel faciendum, quod promiſit: quâ parte Pontifices etiam ſuprà Jus Civile ſe efferre notum eſt, ſtatuentes è Jurejurando naſci obligationem & actionem *cap. 9. in fin. de Arbitr. cap. 28. de Jurejur. cap. ult. de For. comp. in 6.*

2. Jam nobis ipſis præcidimus reſponſionem, qua ſuper hoc quidem loco uti poteramus; in eo non agi de jurejurando promiſſorio ſed de confirmatorio duntaxat: hujus autem reſpectu parata nobis erat auctoritas hominum doctiſſimorum, inter alios, Præceptoris noſtri Wiſſembachii, qui hunc textum accipit, de jurejurando, quod eſt datum contra Jus Naturale, Gentium atque Divinum. *Comment. ad h. tit. n.* 26. quo ſenſu recte & piè dici, non valere jusjurandum facile obtineremus. Neque primo auditu verba textus præſentis illum ſenſum repudiant, quo admiſſo Ulpianus pleniſſimè abſolveretur. Repetamus; *Et generaliter, quoties pactum à Jure communi remotum eſt, ſervari hoc non oportet, nec legari.* Importune illud accidit, *nec legari: Quis tandem aut Apulejus aut Sidonius Apollinaris unquam ita locutus eſt; pactum ſervari oportet, nec legari?* verba ſunt Hotomanni *lib.* 13. *Obſ.* 24. Wiſſembachius noſter ait, *nodum in ſcripto quæri, Interpretatio lectionis Florentinæ*, pergit, *commodiſſima eſt: Verbum* oportet ἀπὸ τοῦ κοινοῦ repetendum; *nec legari*, ſcilicet, *oportet.* Verè ſit nodus in ſcripto quæſitus, ſi hanc ἀπὸ κοινοῦ repetitionem Hotomannus recuſet. Quod tantum abeſt, ut etiam plus ἀπὸ κοινοῦ repeti velit, quando approbat Accurſianam & Haloandrinam lectionem, *nec legatum*, ſcil. *ſervari non oportet*, Etenim hæc tria verba repeti volunt illi ἀπὸ κοινοῦ, & cum illis Hotomannus. Quod male eos habet, hoc eſt; Florentina lectio ſic ad literam deſcendit, *pactum ſervari non oportet, nec legari oportet.* Hoc ſit abſonum, *Pactum legari non oportet.* Cujacius in *lib.* 1. *Obſ. c.* 24. auctor eſt, fratres Chenaijos, ipſi à nobilitate, ingenio, doctrinâ, honoribus laudatos, ad ſe retuliſſe, pleriſque ita videri legendum, *quoties pactum à jure communi remotum eſt, ſervari hoc non oportet, nec LIGAT, CUM, nec jusjurandum de hoc adactum, ne quis agat, ſervandum, Marcellus l. 2. D. ſcribit.* Improbat conjecturam Cujacius, quod velim ſervet Lector adverſus eos licere quos laudes & honores: Nihil tamen ad approbationem Florentini Pandectes addit: Niſi quod græci Interpretes eodem modo legerunt & verterunt, quo eſt illic. Conciſam Ulpiani locutionem & aliquid defectum eſſe, quod ſubintelligi velit, ipſi emendatores non evitant: Ego ſimpliciter exaudio; *Quoties pactum à jure communi remotum eſt, ſervari hoc non oportet, nec legari* oportet, eo modo Scilicet, quem dixit Ulpianus & tenet Lector. Non ita, ut repetas *pactum legari oportet*; ſed abſolute *legari non oportet*, ſine voce *pacti.* Legandi verbum ſine regimine paſſim, etiam in XII. tabulis reperitur; *Paterfamilias uti ſuper pecuniâ tutelave rei ſuæ legaſſit, ita jus eſto.* Non poſſe legari contra Leges nec jusjurandum teſtamento inſertum contra Leges valere docet Lex 112. §. *pen. & ult. d. Legat.* 1. Καὶ ταῦτα δὴ μὲν ταῦτα ἀεὶ κρείσσω. Ex emendationibus optima & commodiſſima fuerit Antonii Fabri, qui pro *legari*, legit *ligare*, levi transpoſitione literarum E & I. Εὐστόχως & feliciter, etſi forte non neceſſariò, per ea quæ diximus.

3. Sed quur non utimur reſponſione, quâ tam facile Jus & Ulpianus abſolvitur

Digitized by Google

tur? maxime cum *Jus commune*, quod habet textus, Juri Civili opponatur & Jus Naturæ gentiumque ſignificet in *l. 6. d. Juſt. & Jur.* quia cunctis hominibus inter ſe commune eſt *l. 1. §. ult. l. 9. in pr. cod.* Ariſtoteli in Ethicis frequenter κοινὸν νόμιμον, *jus commune*; quod ipſum huic loco vertendo adhibet Conſtantinus *lib. 1. epit.* Verba Ulpiani, *Pactum à jure communi remotum ſervari non oportet*, hoc modo reddit, Παρὰ τὰ κοινὰ νόμιμα συμφωνεῖν οὐκ ἔξεστιν. Hæc omnia conſpirant ad reſponſionem Ulpiani abſolutoriam & Wiſſembachio laudatam, inrefragabilem faciendam; & dolendum eſt, ſi hac uti non licet. Neque tamen nobis viâ tam prona incedere licet; Quia ſcimus & diximus, etiam jusjurandum ab ipſo Iure Civili remotum, eodem Iure Civili eſſe improbatum & invalidum, æque in teſtamentis *d. l. 112. §. ult.* quam in actibus inter vivos *l. 5. C. de Legibus.* Nec obſtat, quod Ius commune aliquando jus naturæ & Gentium ſignificat; multo enim frequentius *commune Jus* pro Iure Civili publico accipitur, quod eſt *Commune* civium Romanorum, ut paſſim liquet *l. 20. d. Teſtam. milit. l 25. l. 78. d. Cond. & dem.* eique opponitur privilegium *in l. 15. d. Vulg. & pup. ſubſt.* & jus ſingulare *l. 7. d. Injuſt. rupt. teſtam. &c.* quæ vide apud Briſſonium in voce *Commune.* Et hunc poſteriorem ſenſum Ulpiano in conſpectu fuiſſe patet ex ἀκολουθίᾳ textus; In §. 14. dixerat ita; *In omnibus ad Edictum Prætoris pertinentibus, quæ non ad publicam læſionem, ſed ad rem familiarem reſpiciunt, paciſci licet*, variaſque ſpecies & exempla poſitionis illius recenſet: cui deinde regulam ſubjicit contrariam; pactum à Iure communi remotum, id eſt, ad læſionem Iuris publici pertinens non eſſe ſervandum, quæ eſt *hujus loci* regula. Non licet igitur nobis heic loci Ius commune accipere pro jure Gentium & naturali, quod Ulpianus ipſe pro jure civili publico accepiſſe manifeſtus eſt.

4. Quid autem vult Paulus in *l. 27. §. 14. h. t.* Et in ſumma, *ſi pactum conventum à re privatâ remotum ſit, non eſt ſervandum*? Quod Ulpianus dixit; *Et generaliter*, Paulus effert ita; *Et in ſumma:* in reliquis idem cum Ulpiano; niſi quod pro verbis *à jure communi*, Paulus ait, *à re privata*; ſenſu, ut videtur, oppoſito contradicente. Fuere Paulus & Ulpianus æmuli; unde quicquid habet ſpeciem oppoſitionis inter hos duos pleriſque ſuſpectum eſt ἀντινομίας, quos inter Thomaſius in Scholiis *ad noſtra.* Tamen hæc res non capit hypotheſin adverſariam. Cujacius *d. l 1. obſ. c. 24* non dubitat, quin Paulus ſcripſerit *remotum à re publica*, ut idem ſenſus ſit, cum Ulpianæo, *remotum à re communi.* Sed illam emendationem repudiat Hotomannus, Cujacio non minus, quam Paulus Ulpiano æmulus in *d. l. 13. obſ. c. 24.* Sed *Logomachia eſt, in re diſſenſio nulla*, ſic ait Wiſſembachius ad *h. tit. n. 24.* Itane? Logomachia, dum unus legit, *publica*, alter, *privata*, qui magis ſenſus eſſe queant oppoſiti? Ille emendat, hic retinet textum? Sed eſt tamen verum, explicationem verborum, à *jure communi remotum* & à *re privata remotum* deſinere in eundem ſenſum, interpretatione tamen minimè logomachicâ. Pactum à *jure communi remotum*, eſt tale, quo jus commune mutatur. Pactum à *re privatâ remotum*, quod non eſt de re privatâ; ergo de re publica per quod publicum jus mutatur, quomodo paciſci non licet. *d. §. 14. & l 38. h. t.* Sic eodem ſenſu pactum a re privata & pactum a jure communi remotum dicitur non eſſe ſervandum; Non licet paciſci de jure publico, quod eſt commune

&

Digitized by Google

& are privatâ remotum. Locutionis utraque ratio præ alterutrâ non videtur habere difficultatem.

5. Sed per has ambages non liberatur adhuc Jus noſtrum Cenſurâ duarum poſitionum, primâ quod ex promiſſione juratâ non datur actio; Alterâ, quod jusjurandum adfirmans conventionem Legibus contrariam, ſervandum non ſit. Prima patitur hanc inſtantiam; quod ex ſtipulatione, quæ eſt ſolennis verborum hujuſmodi conceptio, *Promittis? Promitto, Spondes? Spondeo*, naſcitur actio, *tit. Inſt. & Pand. de Verb. Obl.* Proinde, quid ni ex hac conceptione verborum, quæ fit cum ſolenni invocatione numinis, quanto magis ex hac, inquam, naſci oportet obligationem? Apparet vis objectionis, cui opponimus vim præſumptionis, à ſumma religione Romanorum Veterum in ſervanda fide jurata, de quâ teſtimonia & exempla non capit hic locus. Sit unum pro omnibus dictum Ciceronis; *Nullum*, inquit, *vinculum ad obſtringendam fidem, jurejurando majores noſtri arctius eſſe voluerunt, lib. 3. Off.* Ergo ita ſtatuamus, non contemptum, ſed religionem jurisjurandi obſtitiſſe, quominus Romani actionem ex eo darent. Nihil ſtipulationibus fuiſſe frequentius, nullum negotium ſine ſolenni conceptione verborum fuiſſe concluſum, nota res eſt. Si jurata conceptio fuiſſet obligatoria, videbant hanc tam frequentem futuram fuiſſe, quam ſtipulatio evaſit. Id vero illis merito diſplicuit, ut contemptus rei ſanctiſſimæ occaſionem daturum. Argumentum habeo, quod inter conditiones turpes, poſuerunt jusjurandum implendo alicui facto adjectum, quia neceſſarium non erat; cum implere ſufficeret, ut non implendo caderet heres aut legatarius relicto. Verba Ulpiani memorabilia ſunt apponenda. *Quæ ſub conditione jurisjurandi relinquuntur, à Prætore reprobantur; providit enim, ne is, qui ſub jurisjurandi conditione quid accepit, aut omittendo conditionem, perderet hereditatem, legatumve; aut cogeretur turpiter, accipiendo conditionem, jurare. Voluit ergo, eum cui ſub jurisjurandi conditione quid relictum eſt, ita capere, ut capiunt hi, quibus nulla talis jurandi conditio inſeritur, & recte. Cum enim faciles ſint non nulli hominum ad jurandum, contemptu religionis; alii perquam timidi metu divini numinis* (hæc inter pagano.) *uſque ad ſuperſtitionem; ne hi vel illi aut conſequerentur aut perderent quod relictum eſt, Prætor conſultiſſime intervenit. Etenim potuit is, qui voluit factum quod religione adſtrinxit, ſub conditione faciendi relinquere: Ita enim homines aut facientes admitterentur, aut non facientes deficerentur conditione l. 8. in pr. d. Condit. Inſt.* Macte Romana gravitas! nec opus eſt pluribus verbis, ad probandum, non eſſe vitio vertendum priſcis Latinis, quod jusjurandum noluerunt eſſe cauſam obligationis promiſcuæ; ſed majoribus & publicis conſecratum negotis ſepoſuiſſe, nec in ſtrepitu forenſi putaviſſe admittendum. Numquid autem de privata jurantium Conſcientiâ dicemus idem, quod de Pacto tradidimus, eam non ulterius teneri quam exceptione tenus? Non putem; quia de Pacto Lex fuit, quâ non actio, ſed exceptio duntaxat daretur, de jurejurando Prætor nihil edixit, Scilicet pacti reus ita poteſt dicere; nihil aliud actum eſſe, quàm ut exceptio daretur, ex conſcientiâ Juris publici; id de Jurejurando, quod à Prætore niſi litis finiendæ causâ ſilentio tranſmiſſum eſt, præteriri non poteſt; Ac ideo nihil in eo, quam fidei religionis neceſſita apparet.

6. Jurisjurandi Confirmatorii, de quo proprie in hoc loco agitur, quamobrem

verbis negativa, Vim habens adfirmandi, modo in Jure tralatitio, ſiquicquam aliud. Utilia ſunt pacta, quæ non ſunt prohibita: Prohibentur omnia quæ juri communi adverſantur. II. Faber, *Remotum à* Jure male dicitur pro improbatum *repugnans*, ut hic ponitur. Reſp. Remotum eſt idem quod alienum, diverſum, idque pro *repugnans* ſumi uſitatum eſt. III. verba *ne qui agat*, ſuperflua ſunt vel manca, niſi legamus, *ne quis de dolo agat*, quod Tribonianus omiſit ſcilicet; Reſp. Quis non videt, hæc verba *ne quis agat*, accipienda ſecundum regulam prius collocatam, ne quid juri communi adverſum jurejurando firmetur. Ergo pactum, *ne quis agat* quod publica utilitas agi poſtulat, non valet: Ita nihil ſuperfluum eſt. IV. Locutio *De his*, *pro quibus paciſci non licet*, vitioſa eſt, arguens Tribonianum; Scribi debuerat, *de quibus* non *pro quibus*. Reſp. *Pro quibus*, ſcilicet, conſequendis, paciſci cur dicere non liceat? Paulo ſuperius §. 13. *pro judicati* ſcil. cauſâ *agatur*. V. Tædioſa repetitio ejuſdem vocabuli *ſervanda*, *ſervari*, *ſervandam* in uno §. Reſp. Mirum eſt, Fabrum non arguere Tribonianiſmi formam Aquilianæ ſtipulationis in *l.* 18. §. 1. *d. Accept.* ubi non paulo denſior repetitio: Et ubi non talia? VI. Verba omnimodo *reſcindenda*, male de pactione quæ eſt ipſo jure nulla uſurpantur. Reſp. pudet hujus & reliquarum objectionum Fabri cauſâ. *Reſcindi*, *revocari*, ſæpe quidem opponi at ſæpe etiam prædicari de his quæ ipſo jure nulla ſunt, quatenus hæc etiam de facto reſcindi opus eſt, videbimus ad.....

Ulpianus Lib. IV. ad Edict.

Sed ſi ſervus ſit, qui paciſcitur, priusquam libertatem, & hereditatem apiſcatur, quia ſub conditione heres ſcriptus fuerat: non profuturum pactum, Vindius ſcribit. Marcellus autem libro octavodecimo Digeſtorum, & ſuum heredem, & ſervum neceſſarium purè ſcriptos, paciſcentes, priusquam ſe immiſceant, putat rectè paciſci, quod verum eſt. Idem & in extraneo herede, qui ſi mandatu creditorum adierit, etiam mandati putat eum habere actionem. Sed ſi quis, ut ſuprà rettulimus, in ſervitute pactus eſt, negat Marcellus. quoniam non ſolet ei proficere, ſi quid in ſervitute egit, poſt libertatem, quod in pacti exceptione admittendum eſt. An vel doli ei proſit exceptio, quæritur. Marcellus in ſimilibus ſpeciebus, licet antea dubitavit, tamen admiſit; ut puta filiusfamilias, heres inſtitutus, pactus eſt cum creditoribus, & emancipatus adiit hereditatem: & dicit doli eum poſſe uti exceptione. Idem probat, & ſi filius, vivo patre, cum creditoribus paternis pactus ſit: nam & hic doli exceptionem profuturam. Immo & in ſervo doli exceptio non eſt reſpuenda. l. 7. §. 18. d. eod.

1. Moleſtus adhuc eſt Antonius Faber. Videmus hic, Servum ſub conditione heredem inſtitutum non rectè paciſci. Pure ſcriptum heredem etſi necdum immiſcuerit ſe, rectè paciſci. Si tamen ſub conditione ſcriptus adeoque ſervus adhuc pactus, etſi non proſit exceptio pacti, Marcellus tamen poſt aliquam dubitationem, doli exceptionem dat ſervo, heredi ſcilicet, poſt exiſtentem conditionem facto *in fin. h.* §. Hoc ferre non poteſt Faber. Hæc verba putat eſſe imperiti Interpretis vel Triboniani, in quem cadit omnis inſcitiæ & perverſio-

Digitized by Google

verſionis opprobrium, Tu verò tecum reputa ſis Lector, an ſit iniquum, aut à Jure alienum, pactum, quod ſervus ſub condione ſcriptus, præſumptione qualitatis hereditariæ inivit cum alio, ſi hic deinde pacto ſtare nolit, eo quod ſervus tempore pactionis adhuc ſervus fuerit, ſaltem exceptionis ope doli mali; quia pacti propriè non poteſt dari, pactum illud cuſtodiri, exemplo filiifamilias qui vivo patre pactus eadem præſumptione cum paternis creditoribus exceptione doli effectum pacti conſequitur, ut hic traditur. Non ſunt tales Fabri rationes, ut hujus æquitatem juris rationemque pluribus (in ſtylo nihil argui) cum lectoris tædio putem eſſe defendendam.

Paulus Lib. 62. ad Edict.

Si plures ſint, qui eandem actionem habent, unius loco habentur; utputa plures ſunt rei ſtipulandi vel plures argentarii, quorum nomina ſimul facta ſunt: unius loco numerabuntur, quia unum debitum eſt. Et cum tutores pupilli creditoris plures convenissent, unius loco numerantur, quia unius pupilli nomine convenerant. Nec non & unus tutor plurium pupillorum nomine unum debitum prætendentium, ſi convenerit, placuit unius loco eſſe. Nam difficile eſt, ut unus homo duorum vicem ſuſtineat? Nam nec is, qui plures actiones habet adverſus eum, qui unam actionem habet, plurium perſonarum loco accipitur. l.9. eod.

1. In remiſſione debiti conventione creditorum facienda; numerantur ſuffragia creditorum certo modo *l.7. §. ult.* & *l.8. h. t.* In numero ineundo plures unius obligationis conſortes unius loco habentur, ut & plures unius pupilli Tutores *h. t.* Quid ſi unus Tutor ſit plurium pupillorum unius crediti conſortium? Unius loco eſt: Nam & ſi pupilli per ſe concurrerent, unius loco haberentur. Nihil igitur dubii. Quid igitur hæc ratio? *Difficile eſt, ut unus homo duorum vicem ſuſtineat.* Non ſuſtinet ille Tutor duorum vicem, cum ipſi pupilli, quorum vicem ſuſtinet, pro uno habeantur. Cenſet igitur Cujacius hanc Pauli rationem eſſe alienam & truncatam, quales ſolent eſſe Pauli rationes. Hanc Cenſuram ut evitet Faber, qui in antiquos Juris auctores nihil audet, totus Τριβωνιανομάστιξ, in hoc verſu pro *nomine*, Legit, *non* hoc modo; *Unus Tutor plurium pupillorum non unum debitum prætendentium!* Sic enim iſta ratio emphaſin habeat qua vix eſſe, dixit ut *unus homo duorum vicem ſuſtineat.* Ab hac emendatione non tantum ideo minus alieni ſimus, quod Paulo ineptiæ notam adimit, ſed etiam quia mox ſequitur, nec eum qui plures actiones habet, plurium perſonarum loco accipi: Ad probandum, quod unus homo in hac materia; ne quidem in diverſis creditis plurium ſuſtineat vicem. Aliter Hotom. 6 *obſ.* 18.

Ulpianus

Ulpian. Lib. IV. ad Edict.

1. *Hodie tamen ita demum pactio hujuſmodi creditoribus obeſt, ſi convenerint in unum, & communi conſenſu declaraverint, quotâ parte debiti contenti ſint; ſi verò diſſentiant, tunc Prætoris partes neceſſariæ ſunt, qui decreto ſuo ſequetur majoris partis voluntatem. l. 7. §. ult. de Pactis* Et mox. *Hæc enim omnia in his creditoribus qui hypothecas non habent, conſervanda ſunt l. 10. in ſin. pr. eod.*

1. Cenſura non una: Prima ad rem; Valde novum, ac, ut multis videtur iniquum eſt, quod Pactum majoris partis creditorum, obligat minorem partem, quemadmodum fit in Collegiis. Cum ne quidem in Societate alii alios obligent numero, *l. 28. Comm. divid.* ubi & ratio; quod in pari causâ potior ratio prohibentis ſit, nec alii quocunque numero jus alterius mutare poſſent. *l. 30. C. de Pact.* Ideo Bernardus Autumnus in *Cenſura Gallicâ* & Groenewegius *ad h. l.* negant, hodie, pactionem creditorum, partem debiti remittentium obeſſe diſſentientibus. Reſponſio eſt: Jure poſitivo moris hodierni hanc Divi Marci conſtitutionem, à qua formam accepit *l. 8. & 10. h. t.* eſſe quidem multis in locis abrogatam, ut Cenſores bene probant, etiam Jure Friſico *lib. 3. Stat. tit. 20. art. 5.* Sed Juris Romani ſanctio faciſſime defenditur æquitatis, humanitatis & miſericordiæ ratione, ne quod unus remittit, alteri accreſcat; & ne unius Creditoris dura tenacitas bonum virum debitorem penitus exuat & domo exturbet; Cujus rei Legiſlator Romanus majorem merito quam hodierni Rectores populorum, habet rationem. Denique, multo plures ſunt, qui hanc Romani Juris benignitatem ſequuntur & ſequi jubent creditores, ut teſtis in ca re eſt *Brunnemannus*; Quod de majore numero qui tantum in Collegiis valeat, & qui non præjudicet ſociis, profertur, id quominus Lege præcipiente & auctoritate Prætoris interveniente, probabili ex cauſa, aliter habere ſe poſſit, nulla dubitandi cauſa eſt; quemadmodum heic ſolo Creditorum conſenſu fieri poſſe πολιτικῶς negatur, neque prætor aliter quam ex Imperatoris reſcripto determinandi jus habuit; Cenſura faceſſere debet.

2. Cenſura Bachovii. *Hodie*, inquit Textus *ita demum pretio &c.* Quæ inepta connexio eſt cum *præcedd.* quaſi verò unquam olim id obtinuerit, ut pactio quorundam creditorum ſimpliciter cæteris obeſſet, cum ſua cuique creditori propria pactio profuerit aut nocuerit. Itaque non dubito, quin Tribonianus hic incuria, dum iſta voluit connectere ineptus factus fuerit. *ad Treutl. Tit. de Pact. cap. de Obl. Pact. n. 9.* Faber & Cujacius nihil deſiderant, ſed explicant τὸ *hodie* id eſt, poſt Divum Marcum, qui fecit, ut quorundam pactio Creditorum cæteris obeſſet. Sed verba; *ita demum* ſupponunt in præcedentibus cà de re tuiſſe actum, quod non eſt ita. Quid opus tamen eſt, Tribonianum accuſare tam puerilis ineptiæ, ut hæc verba ſine ſenſu infarſerit? Scimus hæc eſſe excerpta quæ habemus in Pandectis, non integra loca veterum Juris Auctorum. Profeſſores excerpendo præpoſiti, hæc verba ex Ulpiano deſcripſerunt, omiſſis quæ prius ille ſuper eadem re collocaverat.

3. Denique & ultima hic collocata verba, quibus Divi Marci conſtitutionem

in Hypothecariis creditoribus non obtinere tradit Ulpianus, Faber adverſa juris rationi & Tribonianæa judicat; quod ei concedendum non eſt, quia creditores hypothecarii jus in re habent, quod ut ſola pactione non naſcitur ita nec aliorum pactione tolli poteſt. Reliquas ejus ratiunculas refellit Bachovius ad τὰ πρ. *h.t. Cap. de obj. Pact. n.* 10. & deſinit in exſibilanda Fabri ignorantia & impudentiâ, cujuſmodi floſculis facile parcemus.

Paulus lib. III. ad Edict.

Si pactus ſim, ne à me, neve à Titio petatur, non proderit Titio, etiam ſi heres extiterit: quia ex poſt facto id confirmari non poteſt. Hoc Julianus ſcribit in Patre, qui pactus erat, ne à ſe, neve à filiâ petatur; cum filia patri heres extitiſſet l. 17. §. 4. *de Pact.*

1. Iniqua ſubtilitas! ut multis videtur; Quare enim Pactum, ne à Titio petatur, Titio non prodeſt? Non eſt ratio, quam Gotofredus citat ex *l.* 25. §. 1. *h.t. Perſonale pactum ad alium non pertinere, ne quidem ad heredem*; merito id quidem; nec enim id actum eſt, ut ad alium, quam ad perſonam paciſcentis ſpectaret eique prodeſſet; Ideo perſonale vocatur *l.* 7. §. 1. *h.t.* ſed hic diſerte in diverſam à Paciſcente perſonam concipitur: Nec tamen ei prodeſt. Ratio igitur petenda ex *l.* 73. §. *ult. d. R.J.* Nec *paciſcendo, nec legem dicendo, nec ſtipulando quiſquam alteri cavere poteſt.* Quid ita? *Quia inventæ ſunt hujuſmodi obligationes, ut unuſquiſque acquirat ſibi, quod ſua intereſt*: ait Juſtinianus è veteribus in §. 19. *Inſt. de Inutil. ſtipul.* Verba Groenewegii ad *d.* §. 19. *Futilis me hercule ratio*, inquit, *Charitas non quærit quæ ſua ſunt* 1 *Cor.* 13. 5. Ad hæc falſum eſt, quod ſi alii detur, *nihil intereſt ſtipulantis, cum beneficio adfici hominem interſit hominis l.* 7. *in fin. d. ſerv. export.* & nemo tam demens erit, ut alteri *ſtipuletur, niſi id ſua quoque intereſſe exiſtimet.* Hæc & plura Groenewegius. Ad quæ nunc aliud nihil dicam, *reliquis ad locum de Sipulatione parallelum reſervatis*; quam Jus civile non excludere charitatis & humanitatis officia, de quibus hic non agitur; ſed de augendo onerandove patrimonio. Quod in ſuo quiſque faciendi jus habet; Sed in alieno, ſine mandato, vel poteſtate prius acquiſita non habet facultatem. Quid enim? Dixi, non petam à Titio centum, quos mihi debet. Tu Cajus id audis & acceptas pro Titio. Petenti deinde mihi Titius opponit pactum. Ego, tu non pactus es. Replicat; Acceptavit pro me Cajus. Quid tum inquam, Cajo nihil promiſi. Res abit in irritum. Nec aliud hodiernis moribus in his terminis receptum puto. Latius hac de re videndum, ubi de Stipulatione locus idem occurret. De Patre Filioque, de quibus eſt in hoc textu, inferius agetur.

Paulus Lib. III. ad Edict.

Quod ſi ſervus, ne à ſe peteretur, pactus fuerit: nihil valebit pactum. de doli exceptio

ceptione videamus. Et ſi in rem paciſcatur, proderit domino, & heredi ejus pacti conventi exceptio. quod ſi in perſonam pactum conceptum eſt, tunc domino doli ſupereſt excepto L. 21. §. 1. d. Pactis.

1. Faber prima *h.* §. verba probat ſola. Damnat reliqua, ut Triboniani & erronea. Præcipua ejus ratio quam Bachovius largitur, eſt; quod in primis verbis Quæſtio proponitur de pacto perſonali, & ſequitur, diſtinctio inter Reale & perſonale pactum; quaſi Veteribus Jctis nihil unquam gravius evenerit, quam ut propoſitam quæſtionem paulo latius exequantur. Quin potius duplex eſt quæſtio una de pacti; altera de doli exceptione. has miſcet Jctus, non nimis accurate quidem, ſed tamen ut ignoſcere poſſis. De prima dixit, non valere pactum perſonale ſervi, ne à ſe petatur, cum ipſe non habeat perſonam. Quod ſi in rem paciſcatur, proderit exceptio domino & ejus heredi; Sed hoc poſt alteram quæſtionem propoſitam ſubjicit minus commode, fateor. Quod trajectione modicâ corrigere licet, legendo ut ſequitur. *Quod ſi ſervus, ne à ſe peteretur, pactus fuerit, nihil valebit pactum: At ſi in rem paciſcatur, proderit domino & heredi ejus pacti conventi exceptio.* De doli exceptione dein adfirmat, hanc etiam ex perſonali pacto ſervi domino dandam utique ſi ſervus de re cui præpoſitus erat; ſit pactus; quia dolo facere videtur, qui pactus, ſe non petiturum à ſervo quod in ejus perſonâ non valere ſciebat; domino effectum pacti negat, de quo ipſum cogitaſſe veriſimile eſt. Reliqua vide ſis apud Bachov. ad *tr. h. t. C. de Pact. perſ. jur. al. n.* 1.

Paulus Lib. III. ad Edict.

Non autem his, qui in noſtra poteſtate ſunt, Paciſcendo prodeſſe non poſſimus; ſed nobis id profuturum, ſi nomine eorum conveniamur, Proculus ait; Quod ita recte dicitur, ſi in paciſcendo id actum ſit. Cæterum, ſi paciſcar, ne à Titio (à Filio Cujacius) petas, deinde actionem adverſus me nomine ejus inſtituas. Non eſt danda pacti conventi exceptio. Nam quod ipſi inutile eſt, nec defenſori competit. Julianus quoque ſcribit; Si pater pactus ſit, ne à ſe, neve à filio petatur; magis eſt, ut pacti exceptio filio familias danda non ſit, ſed doli poſſit l. 21. §. 2. d. Pactis.

1. Subtilitas adeo invaleſcit; ut ſe ipſam amittat, & Iuris auctores ſe mutuo confundant. In tantum alius aliis paciſci non poteſt, ut ne Patris quidem pactum filio proſit? An ergo Patri ſaltem prodeſt, quemadmodum ſi Pater Filio ſtipuletur, ſibi acquirit §. 4. *I. de Inutil. ſtipul?* Ita Proculus putavit. Paulus & hoc negat, niſi id actum ſit, quod cum facti ſit, probari debet; Ergo per ſe nec Patri prodeſt pactum, ne à filio petatur, etſi heres filii fiat, vel hic patris *ſupra l.* 17. §. 1. Rationem Paulus idem reddit in *l.* 27. §. 2. *h. t. In Stipulationibus quidem jus, ſed in Pactis factum verſatur*; Quæ autem facti ſunt, non extenduntur ad alios, quam qui de facto convenerunt §. 2. *Inſt. de Stipulat. ſerv.* Et tamen idem Paulus refert Iuliani ſententiam, quod filio quidem non detur exceptio è Patris Pacto, ſed tamen quod doli exceptione creditorem repellere poſſit, hoc modo; Tu facis dolo, quod cum Pater meus à te pactus ſit, ne à me pe-

Digitized by Google

me petas, eo non obſtante, petas à me. Nonne ſic ipſi fatentur Iuris auctores, eſſe perverſam & iniquam ſubtilitatem, quod ex pacto pro alio inito, non datur exceptio, cum qui ſpernit hoc pactum doli arguatur, & hoc objecto, pacti vis obtineat, ac ita ſubtilitas in ſe ipſam ruat?

2. Reſpondeo ſic; doli exceptio tantum habet locum ad effectum pacti patris pro filio, qui pro unâ perſonâ habentur; non in cæteris quæ alius pro alio inivit, pactis. Hoc autem non eſt inſolens, ut cum ſtricto jure negatur actio vel exceptio è pacto vel contractu, ob æquitatem, actio vel exceptio doli aut in factum detur. Quid hic reprehenditur? cum nihil ſit rectius, quam *τὸ ἀκριβοδίκαιον ἢ τὸ νό-[illegible]* ſtrictum jus & defectum legis æquitate corrigere. Toto jure ſparſa ſunt exempla, de quo genere actum vide *ad L. 4. d. ſervit.* Ita viſum eſt igitur emendare jus rigidum ex ſubtiliore differentiâ pacti & ſtipulationis ad effectum acquiſitionis inter Patrem & filium, quæ orta fuit inde, quod pactum ſolummodo parit exceptionem, qua de re diximus ad *l. 7. §. 4. h.* Exceptiones autem non valent, niſi quatenus ipſo *facto* in judicio opponuntur: Inde quicquid ad exceptiones pertinet, facti eſſe dicitur, & eſſe debet. Si quid ex ejuſmodi regulis oriatur incommodi, id ex æquitate corrigunt Juriſconſulti, ut hic per doli exceptionem; qua in re laude non cenſura digni habendi ſunt. Quod autem Ant. Faber ultima *h. §.* verba de doli exceptione repudiat, et Tribonianæa fingit, refelli poteſt ex his, quæ ad *§. præced.* habuimus & à Bachovio *d. loc. n. 3.*

Paulus Lib. IV. ad Edict.

Sed quamvis fidejuſſoris pactum reo non proſit: plerumque tamen doli exceptionem reo profuturam Julianus ſcribit.

1. *Videlicet ſi hoc actum ſit, ne à reo quoque petatur. Idem & in confidejuſſoribus eſt. L. 25. §. 2. & l. 26 d. Pact.*

1. Perpetua eſt hæc veterum doctrina, quod, ubi pacti exceptiones ex ſubtilitate juris non dantur, ex æquitate certis caſibus exceptio doli proſit, ut jam diximus ad *l. 21. §. 1. & 2. h. t.* Inter hos caſus eſt etiam, Fidejuſſoris pactum reſpectu debitoris principalis, ſi modo non reſpectu Ipſius perſonali initum ſit, ſed ea mente ut etiam reo prodeſſet: Tunc enim meritò creditori debitorem urgenti exceptio doli objicitur, quo facit, quod Ulpianus in *l. 10. §. ult. h. t.* Plerumque ſolemus, ut, dicere, doli exceptionem ſubſidium eſſe pacti exceptionis, ut qui exceptione pacti uti non poſſunt, doli exceptione utantur, Adde *l. 16. eod.* ſed Faber illam regulam ſuo arbitratu reſtringit, quam ſane veteres noluerunt eſſe generalem ut quicunque non habet exceptionem pacti, is ad doli exceptionem recurrere poſſit; habet locum, ubi ſingularia cauſæ merita illud remedium exigunt. Inter quos caſus, cur hic præſens ferri nequeat, rationes Faber idoneas non profert, ut ideo locus hic uterque Tribonianiſmi & erroris, ut ille vult, ſuſpectus eſſe debeat. Ille tenet, non poſſe ſimul eſſe verum, pactum alicui non prodeſſe, cui tamen doli exceptio datur: Quod eſt contra *d. l. 16. §. ult. l. 21. §. 1. & 2. h. t.* & contra quod diximus, doli exceptionem æquitatis eſſe; ubi juris

ratio

ratio deficit. Inconcinitatis etiam arguit, quod ſubjicitur in *l.* 26. *Videlicet*, *ſi hoc actum ſit*, *ne à reo quoque petatur*. Habet enim hunc ſenſum, ait, quaſi pacto convenerit, ut à fidejuſſore quidem petatur, ſed à reo quoque non petatur, id eſt, in ſummâ, ut à ſolo fidejuſſore petatur. Quem ſenſum quibus inde fidiculis eliciat, neſcio: Pactum enim fidejuſſoris fuit, ne creditor à ſe nec à reo quoque peteret, quod verba facile ferunt. Ut emendationes ejus variæ nihil ad rem faciant.

Paulus Lib. III. ad Edictum.

Pacta, *quæ turpem cauſam continent*, *non ſunt obſervanda*: *veluti ſi paciſcar*, *ne furti agam*, *vel injuriarum*, *ſi feceris expedit enim timere furti*, *vel injuriarum pœnam*. *ſed poſt admiſſa hæc paciſci poſſumus*. *Item ne experiar interdicto* unde vi, *quatenus publicam cauſam contingit*, *paciſci non poſſumus*. & *in ſumma ſi pactum conventum a re privata remotum ſit*, *non eſt ſervandum*. *Ante omnia enim animadvertendum eſt*, *ne conventio in alia re facta*, *aut cum alia perſona*: *in alia re*, *aliave perſona noceat*. *L.* 27. §. 4. *d. Pactis.*

1. Primum hujus §. verſum agnoſcit Faber. Reliqua ut Tribonianæa & erronea repudiat: Nam ſi eſſent Tribonianæa tantum, Euhomiæ non intereſſet: ut ſæpe demonſtratum eſt. Negat, pactum, ne experiar interdicto *Unde vi* continere turpem cauſam, ne quidem, ſi publica vis fuerit. Quid igitur facit ad regulam de Pactis, quæ turpem cauſam continent? Non eſſe in illo pacto turpitudinem, probat inde, quod ad rem familiarem pertineat. Atqui actio furti pecuniaria æque ad rem familiarem pertinet. Illud vero non intelligo, niſi ipſe nihil intelligat, dum ait, Pactum, ne interdicto Unde vi experiar valere, *dummodo pactum interpoſitum ſit poſt vim factam*, quia tunc etiam valent pacta, ne furti, vel injuriarum agatur, poſt delicta videlicet, *admiſſa* ut in *pr. h.* §. habetur. Si ergo pactum, *ne unde vi experiar*, eodem modo valet, nihil à regula initio propoſitâ diſcrepat. Arguit etiam Faber hæc verba: Et in ſummâ *ſi pactum conventum à re privata remotum ſit*, *non eſt ſervandum*. Sed cum hactenus lectorem ad ea quæ dixit ad *l.* 7. §. 16. *h. t.* remittat, nobis idem faciendum puto.

Gajus Lib. I. ad Edict. Provinc.

Qui pecuniam à ſervo ſtipulatus eſt, *quam ſibi Titius debebat*: *ſi à Titio petat*, *an exceptione pacti conventi ſummoveri* & *poſſit*, & *debeat*; *quia pactus videatur*, *ne à Titio petat*; *quæſitum eſt*. *Julianus ita ſummovendum putat*, *ſi ſtipulatori in dominum iſtius ſervi de peculio actio danda eſt*: *id eſt*, *ſi juſtam cauſam intercedendi ſervus habuit*: *quia fortè tantandem pecuniam Titio debuit*. *Quod ſi quaſi fidejuſſor intervenit*, *ex qua cauſa in peculium actio non daretur*: *non eſſe inhibendum creditorem*, *quo minus à Titio petat*. *Æquè nullo modo prohiberi eum debere*, *ſi eum ſervum liberum eſſe credidiſſet*. *l.* 30. §. 1. *d. Pact.*

1. Anton. Faber poſt multam diſputationem; Concludo itaque, *ait*, falſiſſimum eſſe, quod in *hoc* §. ſub Gaji nomine Tribonianus ex Juliano concludit: Eum qui pecuniam à ſervo ſtipulatus eſt, quam ſibi Titius debebat, ſummovendum eſſe exceptione taciti pacti de non petendo. Falſum item, quod ait, ſtipulatori in dominum iſtius ſervi actionem de peculio dandam eſſe; Falſum denique, quod pro ratione adfert, juſtam cauſam intercedendi hunc ſervum habuiſſe, ſi forte tantundem pecuniæ Titio debuit. Hæc Faber, qui Tribonianum non modo Gaji, ſed etiam Juliani nomen & auctoritatem, ubi nulla juris antiqui ad novum inflectendi cauſa ſuberat, ex ſola commentandi mentiendique libidine, ſenxiſſe, cui ſe perſuaſurum putaverit, cum & Gaji & Juliani ſcripta palam extarent, neſcio. Cujacius ad *h. l.* in Juliani ſententiâ nihil invenit difficultatis. Facti ſpecies: Titius debebat Gajo centum, & Eidem Titio centum debebantur à ſervo Tertii ratione peculiari. Titius ab hoc ſervo ſtipulatur centum, quos Cajus illi debet, habens actionem de peculio contra dominum ſervi. Mox tamen à Titio petit centum. Hic ait, Tu hos centum ſtipulatus es à ſervo Tertii, quem hac cauſa convenire potes de peculio. Non potes bis petere. Idcirco tacite pactus videris, ne hos centum à me peteres. Nam certè novatio non eſt, quæ à ſervo fieri non poteſt §. 3. *verſ. non idem Inſt. Quib. mod. toll. obl.* Sed nec taciti pacti vim ineſſe tali ſtipulationi contendit Faber, eo quod ſervus è ſtipulatu nullo modo; ne quidem naturaliter obligatur; quod merito ut erroneum putidum exprobrat Fabro Bachovius ad *Tr. h. t. cap. de pact. perſ. jur. al. n.* 4. ex *l.* 19. *d. Fidejuſ. l.* 14. *d. O. & A.* Quod enim ſtipulatio Juris civilis dicitur, ad formam externam pertinet, non ut conſenſus qui ineſt ſtipulationi vim pacti non habeat. Non repetam quæ Bachovius illi plura reponit, & demonſtrat, Fabrum ut fidentius nuſquam ita nec uſquam futilius agere cenſorem, in his quidem argumentis, quæ protulit. Unum eſt, illis intactum, quod mihi plus ſcrupuli movet, quomodo Titius exceptionem pacti habeat, ex eo quod agit, cum alii per alium hominem liberum, nedum ſervum actio nulla quæratur *l.* 73. §. *ult. d. R. J.* maxime, cum hic nihil extet, ex quo Titium ſtipulationis inter Cajum & ſervum fuiſſe gnarum ſtatuas. Et hoc quidem ejuſmodi eſt, ut ſupponendum putem, Titium Gajo hunc ſervum delegaſſe atque rogaſſe ſervum uti pro ſe ſponderet, qui per hanc fidejuſſionem vel expromiſſionem, quia Cujacius hic promiſcue ſumi obſervat, domino peculioque nullum intulit detrimentum, quæ Titio tantundem pecuniæ ex cauſâ peculiari debebat. Ita nihil in Fabri cenſura, præter temeritatem ſupereſt.

Scævola Lib: 1. Digeſtor:

Imperatores Antoninus & Verus ita reſcripſerunt. Privatis pactionibus non dubium eſt, non lædi jus cæterorum. Quare transactione, quæ inter heredem & matrem defuncti facta eſt, neque teſtamentum reſciſſum videri poſſe, neque manumiſſis vel legatariis actiones ſuas ademptas. Quare quicquid ex teſtamento petunt, ſcriptum heredem convenire debent; qui in transactione hereditatis aut cavit ſibi pro oneribus here-

hereditatis; aut ſi non cavit, non debet negligentiam ſuam ad alienam injuriam referre. l. 3, in pr. d. Tranſaction.

Idem Scævola Libr. Secundo Reſponſor.

Controverſia inter legitimum & ſcriptum heredem orta eſt, eaque tranſactione, certa Lege, finita eſt, quæro, Creditores quem convenire poſſunt. Reſpondit, ſi iidem creditores eſſent, qui tranſactionem feciſſent, ſi alii creditores eſſent, propter incertum ſucceſſionis pro parte hereditatis, quam uterque in tranſactione expreſſerit, utilibus conveniendus eſt. l. 14. d. t. de Tranſact.

1. Excidiſſe aliquid ex *l.* 14. poſt verba, *qui Tranſactionem feciſſent*, cuivis liquet: exemplorum ejus notabili imperfectionis Florentinæ. Haloander ita ſupplevit, idque ſequitur Gotofredus; *id obſervandum eſſe de ære alieno, quod inter eos conveniſſet.* Antonius Faber; è verbis Bartoli conjicit, cum legiſſe, *qui Tranſactioni interfuerunt:* Nec enim veriſimile eſſe, eoſdem qui de ſucceſſione litigarunt, fuiſſe creditores hereditarios; Proinde ſic ille emendat Textum, *ſive iidem creditores eſſent, qui Tranſactioni inerfuiſſent, ſive alii creditores eſſent, propter incertum ſucceſſionis &c.* Sed tutius eſt opinor, ſequi Baſilicos, qui locum hunc ita rediderunt: Εἰ μὲν οἱ αὐτοὶ δανεισταὶ ἦσαν τῆς κληρονομίας, ἕπον) τοῖς συμφωνηθεῖσιν: *Siquidem eſſent iidem creditores hereditarii, ſequuntur id quod inter eos conveniſſet.* Ita libri, quibus illi ſunt uſi ſeculo nono, habuerunt. Bartolus non habuit editionem niſi à Piſana derivatam.

2. Non licet hic nobis prætervehi notabilem Cenſuram, quâ Vir Cl. & de Arte noſtra eximiè meritus, Scævolam horum textuum auctorem eâdemque opera Juſtinianum proſecutus eſt. Sed de Juſtiniano, quatenus in hoc eſt enormitas antinomiæ, quæ non eſt inſtituti præſentis, omittam examen. Scævolæ non tam ὁ λόγος & judicium, quam τὸ ἦθος & probitas in dubium vocatur, aut potius in *ſecus* evidenti collocatur. Ait enim Vir Cl. *Peccatum Scævolæ tam manifeſtum eſt, ut mirer, id eruditorum obſervationem uſque adhuc, poſt tot ſecula, effugere.* Dein poſtquam Scævolæ poſteriorem ſententiam, quæ eſt in *l.* 14. expoſuit & refellit, ita ſubjicit Vir Cl.; *At que hæc quo magis conſidero, eo magis cenſeo, Scævolam non ex animi ſui ſententiâ reſpondiſſe; ſed ut amico rem gratam acceptamque faceret, à certo jure, quam oporteret, receſſiſſe longius, in l.* 14. Hoc quidem ex ipſo Scævola & ejus altero textu liquere, ſcilicet, *ubi judicio uſus ſit ingenuo aut minus obnoxio.* Item ex Ulpiano in *l.* 29. §. 2. *d. Inoff. Teſtam.* Nec ideo, *cauſa eſt*, ita pergit Vir Cl., *cur inſolens videatur cuiquam, quod & auctoritate juris convictus & teſtimonio Ulpiani ac Scævolæ, ipſum Scævolam in d. l. 14. ex certâ incertam ſucceſſionem feciſſe ſuſpicor, gratiæ ut locum dâret, atque amicum ex Theophraſti, Ciceronis atque aliorum præceptis iſtis, de quibus A. Gellius c. 3. lib. 1. imaginariâ ambiguitate juvaret, quem ſervare, ſalvo jure ſalviſque Legibus, non poſſet. Hæc lib. 2. Probab. jur. cap. 2.*

3. Fatendum eſt, hoc genus Cenſuræ eſſe valde novum & invidioſum, quod abſtergere, non debet invidioſum videri, ſine invidia tamen; Non quod JurisCtos minus ac alios hominum ordines, ſuos pati manes putemus, aut eos ſem-

per intemerato Themidis ſacerdotio fungi adſeveremus; ſed quod nimis paradoxum ſit, eos dedecora ſua in libros contuliſſe, nec illud nimis tritum; *ſi non caſte, ſaltem caute* ſervare ſciviſſe miſeros. Nam quæ officia Theophraſto & Ciceroni non improbata, de reis, qui de capite fortuniſque ſuis laborabant, innocenti mendacio vel arguta eloquentia ſervandis, huc adferuntur, nihil ad rem pertinent: ubi de lucro captando, vel minori in cauſa lucroſà æris alieni onere ferendo agitur. *Quum agitur aut caput amici, aut fama, declinandum eſſe de viâ*, Cicero & Theophraſtus admittere poſſunt; Cujuſmodi nihil in hoc negotio. Nequitia ambitionis aut avaritiæ Scævolam hic egerit in tranſverſum, ſi reus eſt hujus Cenſuræ; nequitia enormis & putida, cujus ſordes poſt mille quingentos annos adhuc oleant poſteritati. Etſi merito miratur Vir Cl. hunc fœtorem, ante ſe, neminem tot ſeculis eſſe ſubodoratum; Et de Scævola quidem! in cujus ſcriptis aliquid ſingulare candoris & ingenuitatis & accurationis in adhibenda civili prudentia poteſt animadverti.

4. Tametſi non ignoro, quid de Scævola ſcripſerit Connanus. *Permulta alia Scævolæ reſponſa notare licet*, inquit, *æquè abſurda, & ut dicam quod ſentio, fatua & inepta. Fuit hoc Scævolæ proprium, reſponſis ambiguis tela reprehenſorum eludere: Ut, ſi qua parte peterentur, declinaret in aliam & commodo ſuo reſponſa ſua interpretaretur. In quo illum ego non reprehenſione modo, ſed etiam pœnâ dignum fuiſſe judico 6. Comment. 9. n. 9.* Verum enimvero, præter quod οἱ καθόλου λόγοι κουφότεροι; *generalia dicta ſunt leviora*; Hujusque meritum inſectationis è ſingulis locis colligendum foret, Cenſura Connani circa genus diſputandi & conſuetudinem τ᾽ ἀμφιλέγειν theſes ſuas in Arte Juris propugnandi vertitur, non in eo, quod, ambitione vel avaritia corruptus ſententias Juris figeret atque refigeret, ut hic redarguitur, præter quod Franciſcus Duarenus Scævolæ vindicias contra Connanum maſculè ſuſcepit. Bartolomæus etiam Fajus Connani amicus in *Præfat. ſecunda ad opera ejus poſtuma* cenſuram hanc excuſat & in iracundiam Connani, quod aliquandiu in Scævolæ reſponſis occupatus extricare ſe non potuiſſet, rejicit. Quicquid ſit, hoc ei certe debemus & Artis honori, ac inprimis, inquam, Scævolæ, quod ipſe paſſim aliis tribuendum monet ingeminatque, non aliter quam *ſecundum ea quæ proponuntur*, eſſe judicandum. Sicut autem pleraque adhuc à nobis in hoc genere expoſita ejus naturæ fuerunt, ut à Juris etiam imperitis intelligi potuerint, ita in hac re dabimus operam, ne cuiquam veritas attendenti obſcura videri poſſit. Videamus quid Scævola proponat in *l.* 3. *in pr.*

5. Caſus, qui proponitur eſt facilis, & hujuſmodi; Titius matre ſua præterita uxorem fecit heredem in ſuo teſtamento; cum mater moveret querelam inofficioſi teſtamenti, tranſactum eſt inter mulieres, & uxor aliquid dedit matri, ut abſtineret querela. Uxor igitur ſola manſit heres. Convenitur à Legatariis & manumiſſis, ut Legatis ſuis potiantur. Ait, ſe ſolam non teneri, Matrem accepiſſe partem bonorum; hanc eatenus unà conveniendam. Sed inanis eſt hæc ratio Sola uxor eſt heres, integro teſtamento neque per querelam reſciſſo; nec à legatariis quiſquam præter heredem conveniri poteſt. Sine dubio in tranſigendo cum ſocru rationem habuit uxor quantitatis bonorum, deductis Legatis & pretiis ſervorum manumiſſorum; Si non habuit, ſibi id imputet neque ſuam negligentiam

ad

Digitized by Google

ad legatariorum injuriam referat: Legatarii & manumiſſi non poſſunt alium quam heredem indubitatum convenire; Mater abſtulit ex pacto, quod habet, non ex jure hereditario, nec hereditariis actionibus ideo conveniri poteſt. Hæc eſt ſententia *d. l. 3. in pr.* juxta reſcriptum Imperatoris & Scævolæ, adhuc incorrupti, ſententiam *per d. l. 29. §. 2. d. Inoffi. teſtam.* confirmatam.

6. Videamus, ſultis, quod Scævola præſtrictus judicio per ambitionem vel gratiam aurove ſubactus, ſcilicet, in *l. 14.* commentatus eſt. Verba ſuperius ſcripta ſunt. Inde caſus eſt talis: Uxor heres eſt ſcripta, Mater defuncti negat valere teſtamentum & ſe legitimam heredem prædicat; Transactum eſt inter eas certa Lege, puta, ut uxor habeat, quæ maritus ſuus poſſedit, & ſemiſſem efficiunt, Mater id quod de bonis filii paternis adhuc erat penes ipſam, in quo eſt alter ſemis, cujuſmodi transactionis ſpecimen, de facto conſultus, penes me nunc habeo; Atque ita mater & uxor, nullo prohibente, poſſident hereditatem, non expreſſo, valeat ne teſtamentum an ſecus, ut Creditores, quis jure ſit heres, ignorent, in verbis *propter incertum ſucceſſionis*; ambobus partes in transactione expreſſas poſſidentibus. Nihil igitur melius eſt, ſi transactio ſine creditoribus commiſſa fuerit, quam, ut poſſident, ita illas convenire ſingulas pro parte dimidiâ, nec id illæ cauſam recuſandi habent. Quia tamen hæc res conſuetos ſucceſſionum terminos excedit, utilibus non directis actionibus experiundum eſt. Hunc caſum, verbis *d. l. 14.* convenire factique ſpecies in *d. l. 3.* & *l. 14.* eſſe diverſas, ita ſatis manifeſtum eſt, ut antinomia quidem eſſe non poſſit; quod jam probavimus in *Prælect. ad h. t.* idemque probant Faber ad *h. t.* & Bachoy ad *re. h. t. C. de obj. Tranſact. n. 9.*

7. A rationibus Juris an ſit alienum, quod Scævola ſtatuit in *l. 14.* videamus. Vir Cl. id hiis verbis demonſtrat; *Res ſuadet*, inquit, *eum, qui teſtamento ſcriptus eſt, heredem eſſe & creditoribus teneri directis actionibus, idque & Græcus Scholiaſtes lib. xi. Baſilic. tit. 2. pag. 807. tom. 1. ad hunc locum veriſſimè annotavit Quippe heres ſcriptus, antequam decidit, hereditatem adiit. Alioquin qui ei controverſia fuit cum herede legitimo? Sed id conſtat, illum pro herede geſſiſſe vel ante pactum. Iſte etiam cum in transactione faceret ſe legitimum, licet perperam, illum tamen pro parte heredem eſſe & paſſus facile eſt & confeſſus. At primo is qui ſemel heres fuit, deinde non potuit hanc perſonam deponere l. 88. de Hered. inſtit.* καὶ τὰ ἑξῆς in eandem ſententiam. Ad hæc noſtra ſic eſt ratio. Quis Viro Cl. aut Scholiaſtæ græculo, qui bis ad eum textum alienos ſenſus infert, dixit uter adjerit, ſcriptus an legitimus, quod illi de ſcripto adfirmant? Nam textus legitimum primo nominat, inter quem & ſcriptum heredem ait ortam eſſe controverſiam. Si non potuit eſſe controverſia, niſi poſt aditionem, ut Vir Cl. ait, Legitimus æquè potuit movere controverſiam alteri, quam alter ipſi, & hic æquè poteſt adiiſſe quam ſcriptus, ut quidem docet Juſtinianus, *Item heres teſtamento inſtitutus aut ab inteſtato ad legitimam hereditatem vocatus, poteſt aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate ſuſcipiendo hereditatem, hæres fieri. §. ult. in pr. Inſt. de Acquir. hered.* Qui dicit, ſe hereditatem ſuſcipere, is adit; non qui dicit, ſe eſſe inſtitutum, vel ſe vocatum eſſe ad hereditatem; qui ſunt diverſi gradus in verbis Juſtiniani. Eo quod ambo dixerunt, ſe vocatos eſſe ad hereditatem, orta eſt controverſia, non quod

ambo hereditatem ipſo actu ſuſceperunt: Id uter fecerit, non legimus, imò neuter id peremptorie feciſſe dicitur. Proinde non eſt, quod laboremus, quomodo qui ſemel heres factus, hoc eſt, hereditatem actu ſuſcepit, heres eſſe deſinat.

8. Evaneſcit etiam, quod Vir Cl. deinde movet; *His addo*, ait, *quod quamdiu aut heres eſt, aut futurus ſperatur, ex defuncti voluntate, tamdiu legitimus non admittitur*, *l. 89. d. R. J.* Quid tum vero; Numquid inde ſequitur, non poſſe controvertiam oriri inter legitimum & ſcriptum heredem, quod in noſtro textu factum dicitur, vel non poſſe legitimum jure ſuo præſidentem adeundi facto prævenire ſcriptum heredem? Eventu ſanè Juris verum eſt, Legitimum à teſtamentario heredem excludi; de facto controverti, uter admittendus ſit, & incertam haberi ſucceſſionem, nihil vetat & frequenter uſu venit.

9. Aliquanto validius eſt, quod ſubjicitur his verbis, *Non patitur etiam jus noſtrum eundem paganis & teſtatum & inteſtatum deceſſiſſe l. 7. D. eod.* Hæc ſane res efficit, ut ſtatuendum ſit, creditores alterutrum ex illis heredes ſe gerentibus in ſolidum convenire poſſe; vel legitimum vel teſtamentarium: qui non poſſunt dicere, ſe pariter eſſe heredes: Et quia neceſſe eſt, ut ſinguli adierint, ſine quo facto non poſſunt hereditatem vel ejus partem ut heredes poſſidere; aditio autem pro parte, ab eo, qui non habet coheredem, fieri nequit, *l. 1. & 2. d. Acquir. hered.* ſinguli in ſolidum tenebuntur. Hoc ita, ſi palam ſit, utrumque ut heredem poſſidere cumque titulum præ ſe ferre. Verum quid ſi alter conventus, ſe ex transactione poſſidere dicat, non ut heredem, eam qualitatem alteri relinquens? Creditores non habentes, quo diverſam probent ſi urgeant inſtantiam puto, amitterent, Hoc ab utrovis uſu venire poſſet; Alterutrum ſane oportet eſſe heredem; ſed hoc è transactione non liquet, ac eſt incertum, ut textus adfirmat. Quid opus eſt, creditores hujus incertitudinis adire periculum? Nihil expeditius eſt ipſis, quam utrumque ſimul convenire, pro partibus hereditatis, quas in transactione expreſſerint; quo jure tituloque ipſi viderint. Hoc eſt conſilium, quod Scævola dat creditoribus, utile & juridicum, à priori ſpecie, quæ eſt in *l. 3. in pr.* diverſiſſimum; ubi unus erat manifeſtus heres, ſcriptus in teſtamento integro, perfecto, non reſciſſo. Hic teſtamentum valere negatur & contra tenditur; in transactione pars hereditatis utrique deciditur, non expreſſo, valeat teſtamentum, an ſecus. Poteſt dicere, ſe non adiiſſe hereditatem è teſtamento incerti valoris; quod habet, hoc è transactione ſe poſſidere. Idem à legitimo præferri poſſet. Propter hoc incertum, quod æquius, melius eſt, è Scævolâ ſuggeritur, procul à ſuſpicione pravitatis. De inſcitia non eſt quod Scævolæ patrocinemur. Alias etiam, quas refellit Vir Cl. interpretationes Accurſii & aliorum omittimus nec facimus noſtras. Hanc operam expreſſit inſtituti neceſſitas, quam ſi calumnia abſit ſalvis amicitiæ officiis, accipi bonum & rectum eſſe veteres, & Recentiores qui ſtudiis ſuis fiderent; exiſtimaverunt.

Gajus

Gajus Lib. v. ad Edict. Provinciale.

De his controverſiis, quæ ex Teſtamento proficiſcuntur, neque tranſigi neque exquiri veritas aliter poteſt, quam inſpectis cognitiſque Teſtamenti verbis l. 6. d. Tranſact.

1. Hic locus totidem fere verbis reperitur in *l.* 1. §. 1. *Quemdm. Teſtam. aper.* Sed ibi verbum *Tranſigi*, per tranſlationem relatum eſt ad judicata, non ad conventa ſive compoſita, ut cenſet Cujacius ad *l.* 1. *h. t. in fin.* Quod *cum Tribonianus non animadverteret*, inquit, *ex eâ particulam in hunc Tit. conjecit: Ea eſt L. 6. cujus tamen falſa ſententia eſt, ſi tranſigendi verbum ad conventa referas: ſin ſecus, peregrina & aliena à propoſito.* Quare, Cujacio potius credam, verbum *Tranſigi* in *d. l.* 1. §. 1. metaphoricè de judicato, non proprie de convento vel de compoſito accipiendum eſſe; quam meis oculis in diverſum, cauſam non habeo. In *l.* 1. §. 1. pollicetur Prætor, ſe inſpiciendi deſcribendique copiam omnibus facturum; cujus edicti manifeſtam eſſe rationem ſubjicit Gajus; quia nec ſine judice tranſigi, neque apud judicem exquiri veritas, de his controverſiis quæ ex teſtamento proficiſcuntur, aliter poteſt, quam inſpectis cognitiſque teſtamenti verbis. Tranſigi ſine Judice, cur reſpicit hic Judicatum? imo conventum manifeſtò, maximè cum opponatur cognitioni judiciali, ſignificat. Scopus etiam Edicti eſt, ut homines tam in Tranſactionibus extra judicium, quam in diſceptationibus judiciorum copiis Teſtamentorum uterentur. Non poteſt igitur, quin hoc ſit. παρόραμα Cujacii, vel lapſus oblivionis. Alia ſit quæſtio, An ex hoc loco recte probetur, nullas valere Tranſactiones de Quæſtionibus Teſtamentariis, niſi inſpectis Teſtamentorum tabulis; Quod ſi qui negant, ob errorem fictititium Triboniani, videant num verum Cujacii errorem ſequi malint, quam rectâ interpretatione verborum hujus legis ſtatuere, quod ratio & uſus hac de re dictant, quod expoſuimus in *Prælect. ad h. tit. n.* 3. Adde Brunnem. *ad h. L.*

Ulpian. Lib. iv. ad Diſputat.

Si fidejuſſor conventus, & condemnatus fuiſſet: mox reus tranſegiſſet cum eo, cui erat fidejuſſor condemnatus: an tranſactio valeat, quæritur; & puto valere: quaſi omni cauſa & adverſus reum & adverſus fidejuſſorem diſſoluta, ſi tamen ipſe fidejuſſor condemnatus tranſegit; tranſactio non peremit rem judicatam: tamen eo, quod datum eſt, relevari rem judicatam oportet. l. 7. §. 1. d. Tranſact.

1. Quid hoc? Fidejuſſore condemnato ſi reus ſive debitor principalis tranſigat, valet tranſactio; ſi fidejuſſor ipſe tranſegit non valet; cum utriuſque reſpectu ſententia in eo ſtatu ſit, ut retractari poſſit, quod ad valorem Tranſactionis de re judicatâ requiritur, in *pr. h. l.* 7. Res tam abſurda Fabro viſa, ut propter hunc errorem totum §. 1. ſaltem à verbis *ſi tamen* eſſe putet Triboniani; cui probando captat locu-

Digitized by Google

locutiones quaſdam inani Criticâ; *Relevari rem judicatam*, quaſi minus id eſſet Latinum, quod nec Priſcianus, credo, repudiet. Tranſactio valeat, quæritur, pro *res* valeat, per Græciſmum, quaſi quicquam veteribus Jctis uſitatius eſſet Græciſmis & conciſis locutionibus. Idem puta de verbis, *quaſi omni cauſâ diſſoluta.* videtur habere Faber ideam quandam Ulpianitatis aut ſtyli Juridicialis, qualem Aſinius ille *Patavinitatis*, quam nemo demonſtrare poſſit. Poſtremo carpit hæc verba. *Tranſactio non peremit rem judicatam*; Quia ſic Tranſactio non peremit rem judicatam ſed exceptionem parit. Reſponſio duplex, I. Tranſactio peremit ipſo jure cauſam, ſi Aquiliana ſtipulatio & acceptilatio, quod plerumque fiebat, ſubjiciatur *l. 2. l. 15. h. t.* II. Exceptio Tranſactionis facit, ut ſententia vim ſuam perdat, & in effectu illam peremit *l. 112. d. R. J.* quo ſenſu eadem phraſis eſt in *l. 9. §. ult. d. Tranſact.* Sed erroris cauſa & intempeſtivæ Cenſuræ Fabro fuiſſe videtur, quod in *hoc* §. 1. tranſactum fuiſſe putavit, de ſententia à qua fuit appellatum vel appellari potuit ſicut in *pr. h. t.* Quod nec opus nec verum eſſe videtur; Quis enim Tribonianum, ſi auctor eſſet, credet adeo fuiſſe ſtupidum, ut in tali caſu Fidejuſſorem condemnatum, tranſigere poſſe negaret. Agit igitur de ſententiâ, quæ tranſiit in rem judicatam, de quâ ipſe condemnatus fidejuſſor tranſigere non poteſt *d. pr.* At nec Reus principalis, inſtat Faber, cujus tamen transactio valere dicitur. Reſpondetur, hunc qui ipſe non fuit condemnatus de lite principali necdum pro ſe finita, ne quidem inchoata, ſalva juris ratione tranſigere poſſe; maxime cum & litem adhuc à fidejuſſore ob indemnitatem expectet. Sic iterum cenſoria Fabri temeritas elucet manifeſto.

Ulpianus Lib. VII. Diſput.

Uſque adeo autem, quod datum eſt, etiam ſi non proficit ad tranſactionem, extenuat tamen rem judicatam; ut inde ſit & dictum, & reſcriptum circa alimentorum tranſactionem citra prætoris auctoritatem factam; ut, quod datum eſt, proficiat ad alimenta: ita ut, ſi quid amplius ex cauſa alimentorum deberi poteſt, id præſtetur: quod autem datum eſt, imputetur. L. 7. §. 2. d. Tranſact.

1. Faber, vide rurſum Triboniani elegantiam & ſubtilitatem. Nam ſi Tranſactio non valet, ut ſcriptum eſt in præcedentibus, quomodo poteſt dici, id quod ex eâ causâ ſolvitur, vel proficere, vel non proficere ad Tranſactionem. Prius enim eſt ut Tranſactio aliqua ſit, quam ut poſſit quæri, an ſolutum ex eâ causâ proficiat, vel non proficiat ad Tranſactionem. Atqui Tranſactio nulla eſt & nullius momenti, ſi Triboniano credimus. Inepta igitur hæc verba. Hæc Faber. Liceat nobis; Imo ineptiſſimè objiciuntur. Quid aliud diceret, qui Tranſactionem valere negat, quam id quod datum eſt tranſigendi animo proficere ad Tranſactionem? Quare? quia Tranſactio de jure non valet. Ita factum ingenium ad cenſuram Artis omnium architectonicæ, imo Artium Reginæ adſurgere. Si merito unquam Bachovius illum corrumpendæ Juriſprudenti natum hominem dixit, quod & Wiſſembachius nobis inculcat, hæc lace-

randi

Digitized by Google

randi Corpus Juris temeritas illud convitium meruit. Etſi nos illos non imitabimur. Reliqua in Textu, cujus nec ille ſtylum arguit, optimè ſe habent nec Interpretis aut Vindicis egent.

Ulpianus Lib. 1. Opinionum.

Ei, qui nondum certus, ad ſe querellam contra patris teſtamentum pertinere, de aliis cauſis cum adverſariis pacto tranſegit; tantum in his interpoſitum pactum nocebit, de quibus inter eos actum eſſe probatur. His tantum tranſactio obeſt, quamvis major annis viginti quinque eam interpoſuit, de quibus actum probatur. Nam ea, quorum actiones competere ei poſtea compertum eſt, iniquum eſt, peremi pacto. Id de quo cogitatum non docetur. L. 9. §. ult. d. Tranſact.

1. Appar⸗t, locum eſſe turbatum & ſuffartum notabili exemplo, Lectionis quoque Florentinæ non expertis ſuorum vitiorum. Cujacius ita reſtituit; *Cum Adverſariis pacto tranſegit; in his tantum Tranſactio obeſt, quamvis major XXV. annis eam interpoſuit, de quibus actum probatur, non quorum actiones competere ei poſtea compertum eſt. Iniquum enim eſt, perimi pacto id, de quo cogitatum non docetur.* Faber adhuc magis contrahit: *Tantum in his interpoſitum pactum nocebit*, de quibus inter *eos actum eſſe probatur, non quorum actiones competere poſtea compertum eſt.* Religio tollendi quam minimum de ſacro Corpore Juris facit, ut Cujacio magis adſentiamur. Ideoque retinenda putamus hæc verba, *quamvis major annis XXV. eam interpoſuit*, Etſi Faber hanc adjectionem prorſus ridiculam eſſe ſcribit; non optimus Ridiculi Judex, ut toties vidimus, eum aliis debere, quem aliis imputat riſum. In toto jure minor ætas magis, & majores minus ſunt favorabiles, non tantum ubi de *reſciſſione*, ut Faber, ſed etiam ubi de *interpretatione* agitur, ut indicat totus *T. C. Ubi in integr. Reſt. neceſſ. non eſt.* Denique non eſt quod negemus Fabro: *Hunc locum ſummè notandum eſſe, contra eos qui non poſſunt ſibi perſuadere tam multos juris locos ab imperitis Interpretibus eſſe corruptos:* modò non præcludat nobis uſum rationis, in coercendâ criſeos licentia intra terminos ſanæ juriſprudentiæ. Liceat & mihi hunc textum ad aliam adhibere obſervationem; Tranſactiones generalibus verbis conceptas non eſſe trahendas ad ea, de quibus inter partes nec actum nec cogitatum fuit; quæ eſt poſitio noſtra 24. *ad h. Tit.* cui adde ſis *argum. l. 12. h. t.*

Digitized by Google

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM III.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Ulpianus Lib. vi. ad Edict.

H*Unc titulum Prætor propoſuit, habendæ rationis cauſâ ſuæque dignitatis tuendæ & decori ſui cauſâ, ne ſine delectu paſſim apud ſe poſtuletur. l. 1. in pr. de Poſtulando.*

1. Longe melius hac parte conſuluiſſe videntur hodiernæ Poteſtates ſuæ dignitati & decoro judiciali, quam Prætor in hoc Edicto adſequutus eſt. Nam is tantum prohibuit, ne pueri, ſurdi, cæci, mulieres, infames aliique pauci Legibus excepti pro aliis poſtularent, id eſt, cauſas agerent; Omnibus aliis Civibus, id à Prætore permiſſum fuit, eſſe Advocatis & Procuratoribus in Judicio. In propriâ vero causâ jus poſtulandi dabatur ipſis quoque perſonis, ſi duas priores excipias, in Edicto prohibitis. Hunc Fori ſtatum, ſi nos hodie experiremur, omnia confuſione rerum hominumque, vocibus ineptis & turbidis, imo rixis & tumultibus plena videremus; cum nunc etiam paucis hominibus doctis, in foro tritis, legali diſciplina coercitis, huic negotio ſolis adhiberi conſuetis, ordo decori & dignitatis publicæ aliquando periclitetur. Quid ſi ad tribunal adfluerent, feminæ, viri, cives & ruſtici, infames & honeſti, de quibuſlibet rebus litigiiſque, ſine juris peritis, dici non poteſt, quanta deformitas & perturbatio judiciorum inde oriretur. Cujus rei præſens uſus & neceſſitas in omni Europa, paucis locis exceptis, fecit, ut nemo propriam aut alienam, ſine veniâ poſtulandi prius impetratâ, cauſam agere poſſit, etſi forſitan ipſe dicendi validior & doctior, qua de re diximus *ad h. t. n.* 8.

2. Speciem habet hæc Cenſura; vim quoque prægnantem, ſi credimus eodem modo

Digitized by Google

modo ſe res ſemper humanas habuiſſe, quo nunc volvitur orbis, τῷ νῦν ῥυθμῷ. Verum qui novit, ſimplicitatem veterum in rebus Civium cognoſcendis, diſceptandis, judicandis: quam apud Græcos & Romanos, etiam Hebræos alioſque populos obtinuiſſe, paſſim ex hiſtoriis liquet; de hujus argumento Cenſuræ parum laborabit. Judicis officium conſtat paucis, Facti & Juris notitia; de facto partes ipſæ judicem erudire poſſunt, ejuſque præſens auctoritas circumfuſam tribunali turbam intra modeſtiæ limites, addito Imperio, facile coercebat. Jus ipſemet applicabat aut Juriſperitos conſulebat: Advocatis JurisConſultis ita nihil erat opus. Uſu temporum, ut fit, Patroni primo, ad cauſas agendas, qui ab Advocatis diſtincti erant, adhibiti. Poſtea Patronorum & Advocatorum conjuncta ſunt officia, & privati indoctique paulatim ab alienis cauſis alienati, non tamen prohibiti ſunt, niſi ultimis ſeculis, idque nec omnibus in locis. Quanto minus à ſimplicitate Juris Gentium Fori praxis recedit, tanto eam nemo negabit eſſe præſtantiorem: Talis autem vetus illa, quæ omnes mentis & ſermonis compotes ad ſuos, & pleroſque ad alienas lites agendas admittebat, hauddubie fuit; nec metuimus, ut hæc Juris Romani veteris defenſio, recentiorem Advocatorum Juriſque peritorum dignitatem uſumque deteriori loco exponat: Si quis enim res humanas ad priſtinum ſtatum, quo publicis Advocatorum & Procuratorum officiis facile carebant, reducere poſſit, nihil erit cauſæ, quin Advocatis aliud quod agant, ſit quærendum. Utique ſi Coloniam in novi orbis terras mittere quis velit Rex aut Populus, ſi Advocatos & Procuratores eo non mittendos putaverit, non magis hac cauſâ, quàm *Ferdinandus Catholicus*, qui hoc unum genus in Americanas Colonias ire prohibuit, reprehendendus fuerit. Sed hæc mutatio tam parum Juriſperitos habet ſollicitos, quam Veteri Juriſprudentiæ periculum eſt ab hac Cenſurâ.

Ulpianus Lib. IV. ad Edict.

Initium autem fecit prætor ab his qui in totum prohibentur poſtulare, in quo Edicto aut pueritiam aut caſum excuſavit. Pueritiam, dum minorem annis decem & ſeptem, qui eos non in totum complevit, prohibet poſtulare; quia moderatam hanc ætatem ratus eſt, ad procedendum in publicum, qua ætate aut paulo majore fertur Nerva filius & publicè de Jure reſponſitaſſe l. 1. §. 3. d. Poſtuland.

1. Non probatur hæc in publicum prodeundi feſtinatio Pontifici Romano; qui minores XXV. annis ad negotia quidem procuratores admittit, ad judicia vero nequaquam *C. qui generaliter 5. §. ult. d. Procurat. in. 6.* Proinde cum Poſtulandi, id eſt, Advocati officium majus & gravius ſit, hoc multo minus ab eo probari conſentaneum eſt. Sed Romæ veteris hac parte judicium melius eſſe, docet uſus Fori & plerorumque populorum, qui tam Procuratores quam Advocatos ante annum ætatis XXV. admittunt, nec eos pœnitet inſtituti quod adoleſcentes hac opera & Eloquentia forenſi quam primum occupari, à nugis ad magis ſeria transferri & ad majoris momenti negotia præparari publice quam maximè interſit: modò cruda ex Academiis ſtudia in Forum non protrudantur; qua in re ut à

multis malè conſulitur, ita poſtulandi agendique veniam in longius proferendo non ſatis evitatur. Alii ſic objiciunt, Minor in propria cauſa non poteſt in judicio conſiſtere *l.* 1. *&* 2. *C. Qui Legit. perſ. ſtand. in jud.* poteſt tamen in cauſa aliena, ut in hac theſi habetur & in §. *Juſtæl. Quib. & quib. è. cauſ. manum.* quod abſurditatis arguit Juſtinianus in §. *item major* 13. *I. de Excuſ. Tut.* Ubi: *Cum ſit incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus ſuis adminiſtrandis egere noſcuntur, aliorum curam ſubire.* Ita D. Anton. Matthæus *diſp.* 9. *Fund. Jur. th.* 22. Sed hanc objectionem minus à Juriſperito expectemus, quam ab his qui Artis nexum ignorant. Quod enim minores in propriis cauſis non admittuntur Actores, id ſit, quia læti per beneficium reſtitutionis judicia redderent eluſoria: Quod in aliorum cauſis facere non poſſunt; quia Procurator minor non reſtituitur, eo quod beneficium Reſtitutionis domino ſive mandanti prodeſſet contrà mentem Prætoris *l.* 23. *d. Minor. junctâ l.* 4. *eod.* Quæ ratio facit etiam, ut minori non liceat eſſe defenſori; cum Procurator, ut dictum, eſſe poſſit, *l.* 51. *in pr. d. Procurat.* quò pertinet *lex* 12. *C. eod.* ubi defenſoris & Procuratoris vox uſu promiſcuo permutantur, ut alias demonſtratum. Hunc D. Matthæus in *diſp. fundam* 10. *n.* 29 retulit Textum inter ea loca, in quibus JurisConſulti principium petunt, aut inertes otioſaſque rationes reddunt. Forte quod ad cauſam prohibitionis refertur id quod rem ſuadet & laudat; Minorem annis 17. poſtulare prohibuit, quia moderata eſt hæc ætas: vel quod identica ſit ratio, cur minor annis 17. admittatur? Sed Utraque objectio inanis & reſponſo vix eſt digna. Quis enim non videt, eſſe conciſam hic orationem, *minores annis* 17. *prohibentur:* & qui ſunt hujus ætatis admittuntur *quia Prætor hanc ætatem ratus eſt idoneam ad poſtulandum*, quod vivo firmat exemplo Nervæ filii, qui in illa ætate publice de Jure reſponſitaverit. Verba media quilibet ultro ſupplere poterat, otioſeque & inerter adjecta fuiſſent; compendium orationis longe melius *Identiſmum* autem in iſta ratione nemo lector æquus eſſe dixerit.

Ulpianus Lib. VI. ad Edictum.

1 *Secundo loco edictum proponitur in eos, qui pro aliis ne poſtulent. in quo edicto excepit Prætor ſexum, & caſum: item notavit perſonas in turpitudine notabiles. Sexum, dum feminas prohibet pro aliis poſtulare. & ratio quidem probibendi; ne, contra pudicitiam ſexui congruentem, alienis cauſis ſe immiſceant; ne virilibus officiis fungantur mulieres. origo verò introducta eſt à Carfania improbiſſima femina, quæ inverecundè poſtulans, & magiſtratum inquietans, cauſam dedit edicto. Caſum, dum cæcum utriſque luminibus orbatum prætor repellit: videlicet quod inſignia magiſtratus videre, & revereri non poſſit. Refert etiam Labeo, Publium cæcum Aſprenatis NonI. patrem averſa ſella à Bruto deſtitutum, cum vellet poſtulare. quamvis autem cæcus pro alio poſtulare non poſſit: tamen & ſenatorium ordinem retinet, & judicandi officio fungetur. Nunquid ergo & magiſtratus gerere poſſit? ſed de hoc deliberabimus. extitit quidem exemplum ejus, qui geſſit. Appius denique Claudius cæcus conſiliis publicis intererat, & in ſenatu ſeveriſſimam dixit ſententiam de P. Urrhi captivis.*

vis. Sed melius eſt, ut dicamus, retinere quidem jam cæptum magiſtratum poſſe, adſpirare autem ad novum penitus prohiberi, idque multis comprobatur exemplis. l. 1. §. 5. d. Poſtulando.

1. Faber iterum cum ſuis, non Triboniani ineptiis hunc locum oppugnat. Specimen ejus rationum cape ſis Lector. Cum proxime dictum eſſet, cœcum retinere Senatorium ordinem, non erat quærendum, an Magiſtratum gerere poſſit; an non enim Magiſtratum gerit, qui Senatorium ordinem retinet? Non poterat inſcitiam Juris melius detegere, quam Magiſtratum ab ordine Senatorio non diſtinguendo; Quis unquam inter majores aut minores magiſtratus retulit Senatores? Pomponius in *l. 2. d. O. J. à §. 14.* incipit enumerare magiſtratus; cum antea de Senatu egiſſet. In honore Senatores eſſe juſtius adfirmari poterat. Attamen, quia per excellentiam honos de Magiſtratu accipitur, Senatores honorem gerere negantur in *l. 7. §. pen. d. Interd. & Releg.* Reliquas à ſtylo ratiunculas facili manu refellit Bachovius ad *τὰ ΙΙε: h. t. n. 2. p.* 147. & à Lectore ſine repetitione noſtra facile profligabuntur. Ejuſdem furfuris eſt ejus cenſura ad ultima verba §. 1. *Qui adverſus ea feciſſe monſtretur, & pro aliis, interdicta poſtulatione repellitur, & pro æſtimatione judicis, extra ordinem pecuniaria pœna mulctabitur.* Si quid ſolidi proferret, id juſtâ oratione perſequi non cunctaremur; ſed nihil ejuſmodi Argutiæ & ſuſpiciones quæſitæ merentur, ut lectoris attentionem ad meliora frangamus.

Ulpianus Lib. VI. ad Edict.

Deinde adiicit prætor: qui ex his omnibus, qui ſupraſcripti ſunt, in integrum reſtitutus non erit. eum, qui ex his, qui ſupraſcripti ſunt, ſic accipe, ſi fuerit inter eos, qui tertio edicto continentur: &, niſi pro certis perſonis, poſtulare prohibentur, ceterum ſi ex ſuperioribus: difficilè in integrum reſtitutio impetrabitur.

1. *De qua autem reſtitutione prætor loquitur; utrum de ea, quæ à principe, vel à ſenatu: Pomponius quærit. & putat, de ea reſtitutione ſenſum, quam princeps, vel ſenatus indulſit. An autem & prætor reſtituère poſſit, quæritur. & mihi videtur, talia prætorum decreta non eſſe ſervanda: niſi ſicubi ex officio juriſdictionis ſuæ ſubvenerunt: ut in ætate obſervatur, ſi quis deceptus ſit, ceteriſque ſpeciebus, quas ſub titulo de in integrum reſtitutione exſequemur. Pro qua ſententia eſt, quod ſi quis famoſo judicio condemnatus, per in integrum reſtitutionem fuerit abſolutus: Pomponius putat; hunc infamia eximi. l. 1. §. 9. & 10. d. Poſtul.*

1. Hunc locum adverſus Fabrum vendicabimus, quia Bachovius præcipuam ejus rationem non attigit: Quæ hæc eſt; Quod nulla dubitandi vel quærendi fuerit ratio gravibus Juriſctis Ulpiano & Pomponio in hac hypotheſi. Enumerati ſunt in *præcedentibus* §§. qui propter varia delicta poſtulare prohibentur; Hic admonitio collocatur, niſi quis eorum ſit *reſtitutus* cùm ſententiam paſſus eſſet, quod cum à Principe ſolo fiat vel à Senatu, cui fere boni Principes hanc poteſtatem reliquerunt, qua de re latius actum in *lib. 1. Digreſſ. c. 21. & ſequ.* quemadmodum ex *tit. ff. de Sententiam paſſis & reſtitutis* novimus, quis ab Ul-

 piano

piano & Pomponio expectaret, ut anxie quærerent, an & Prætor hanc reſtitutionem facere poſſit; Sed Tribonianus, quo fuit ſtupore inſcitiæ, ingenium ſuum in hac inſulsâ quæſtione oſtentare voluit, ſcilicet. Niſi potius Faber hoc aliiſque ſpeciminibus fidem fecerit; nimium acumen & argutandi ſubtilitatem, præſtringere judicio recto & populari, quo & Ars Juris eſt condita & ſine quo non valet ejus interpretatio. Prætor in Edicto ſuo excepit; *Niſi quis integrum reſtitutus erit:* Principis & Senatus reſtitutio ſine dubio intelligitur: Sed an Prætoris officium in hac reſtitutione nullum adeo locum habet, ut de illâ quæri non potuerit? Atqui Prætorem ob ætatem, dolum aliaſque cauſas è delicto privato condemnatos reſtituere poſſe certum eſt, idque Faber ipſe fatetur. Cur non poſſet alicui in mentem venire, Prætorem etiam de hac reſtitutione ſuam intellexiſſe exceptionem? Imo quid ni & illam intellexerit? In §. 8. prohibiti omnes qui famoſo judicio damnati ſunt. Damnatus eſt aliquis, ſed dein à Prætore & cauſa denuo cognitâ reſtitutus & abſolutus eſt. Non continetur ſub prohibitione poſtulandi. Merito tamen hoc monendum fuit, & proinde cum prætoria reſtitutio non ſit penitus à ſenſu hujus exceptionis remota, cur abſurdum videatur, quod Pomponius quæſivit, an in Prætoris Edicto, per Reſtitutionem ſua quoque reſtitutio intellecta fuerit. Numquid inepta quæſtio eſt, ad quam per diſtinctionem reſpondendum fuit, ut hic ad eam reſpondetur. Reſtitutio vel fit à pœna, vel à Judicio. A Pœnâ prætor reſtituere non poteſt. Sed Princeps ſolus aut Senatus: A Judicio, ut nova cauſæ cognitio fiat, poteſt reſtituere, eaque reſtitutio in Edicto etiam comprehenditur. Quæ addit Faber à verbo *Specietenus*, *& exequemur* quaſi hæc minus Latina ſint *in hoc textu*, non merentur refelli, niſi è Lexicographis, ubi obvia ſunt. Quod attinet ad verba; *Quas ſub titulo de Integrum reſtitutione exequemur* ſicut Ulpiani, quominus ſint reverâ, nihil obſtat, ita ſi maxime ſint Triboniani, nihil Eunomiæ rationibus derogaretur.

Iulianus Lib. 1. ad Edict.

Prætoris verba dicunt; Infamia notatur, &c. Qui artis ludicræ pronuntiandive cauſâ in ſcenam prodierit &c. Si quis injuriarum ſuo nomine damnatus pactusve erit. Qui pro ſocio, tutelæ, mandati, depoſiti ſuo nomine, non contrario judicio damnatus erit. Qui eam quæ in poteſtate ejus eſſet, genero mortuo, cum eum mortuum eſſe ſciret, intra id tempus, quo elugere virum moris eſt, in matrimonium collocaverit, eamve ſciens quis uxorem duxerit, & qui eum quem in poteſtate haberet, eam ſciens ducere paſſus fuerit &c: l. 1. d. His qui infam. not.

1. Quænam hæc proſtitutio famæ & exiſtimationis Civium eſt, ob ludicras & leves cauſas infamia notatos quaſi ex albo Civium expungere, eoque redigere, ut vita quaſi ſupplicium, mors ſolatium ſit? Ita enim merito cordati homines in animos ſuos inducunt, famam vitæ comparandam eſſe, nec hujus magis quam illius rationem eſſe habendam. Infamia omnem fidem enervat, omnemque dignitatem & honorem adimit, ita ut infames nullius muneris publici participes eſſe

eſſe poſſint *l. 2. ubi Gl. C. de Dignit. lib. 12. l. Nequis C. de Decurion. lib.* 10. veluti in poſtulando, *l. 1. §. 7. d. Poſtul.* Adſidendo *l. 2. d. Off. Adſeſ.* judicando *l. 2. §. 1. d. Judic.* militando *l. 3. C. de re milit. lib.* 12. Tanto malo dignos habere illos, qui pronuntiandi cauſâ in ſcenam prodierint? quod pleriſque populis innoxiæ delectationis & aliquando amœnioris inſtitutionis loco habetur; nonne modum publicæ diſciplinæ enormiter id excedit? Ita quidem ex profeſſo Albericus Gentilis in *Tract. de Actor. & ſpectat. fabul. non notandis.* Quid vero durius, quam injuriarum condemnatos pactoſve viros matronaſque reddere infames? Fora populorum etiam Chriſtianorum, perſonant actionibus & condemnationibus injuriarum, plures adhuc pactionibus tranſiguntur. Omnes illos haberi infames, arceri à dignitatibus, à teſtimoniis, à militia, è conſortiis honeſtioribus, quam faciem Reipubl, exhiberet? non modo intolerandum; ſed etiam abſurdum & ex iis rebus quæ facultatem non habent, exiſtimaretur, his quidem temporibus & opinionibus eorum, quibus nunc ſtat res humana virorum mulierumque. Nec tamen his quoque ſanum animi judicium & boni malique æſtimationem ſupereſſe, non minus quam populo priſco Latino, negari poteſt. Quid jam de nuptiis intra annum luctus contractis? Multâ res tranſmittitur modicâ, cum ſeveri ſunt judices, eaque ſolis infligitur contrahentibus, non his qui paſſi ſunt eas contrahi: Crudele ſupraque negotii modum longe lateque crederetur, ſi quis vel quæ honeſtorum honeſtarumque numero exemptus exempta quaſi capite minueretur, ob factum, quod à ſeverioribus quidem adducto ſupercilio reprehenditur, à pleriſque jocis elevatur. Infamiam certè, quam morti propinquam homines pœnam arbitrantur, hiſce factis nullo modo convenire ſtatuunt omnes populi: At judicium commune raro aberrat: Vox populi, vox Dei, eſt in Proverbio. Poſtremo, quod etiam è contractibus, Mandato, Depoſito, Societate, Tutelâ damnati fiunt infames Jure Romano ſuperiorum quoque rigorem exemplorum ſuperat. Idque à Prætore fieri minus expectatum eſt, eo quod hujus Juriſdictio ad humanitatem & antiqui rigoris, cui par non fuit poſteritas, mitigationem comparata fuit *l. 7. §. 1. d. Juſt. & Jur.* Plane vel turpitudinem in hiſce cauſis majorem, vel æſtimationem famæ minorem fuiſſe Prætori & JurisConſultis Romanis ob oculos, quam ratio ferat, ſtatuendum videtur.

2. Antequam reſponſio ad hanc Cenſuram collocetur, primo illis ſatisfaciendum, qui Jus Romanum hac parte adhuc in uſu Fori noſtri agnoſcere videntur (de Friſiâ, viciniſque regionibus loquor,) de quâ id mihi exceptis forſitan ludorum actoribus, nullo modo videtur. Etſi duo Viri principes fori noſtri, Sandius & Herbajus ita de actionibus injuriarum ſupponunt, in his nominatim locis; Herbajus in *cap.* XII. *Rer. quotid.* ſerio diſputat, an, ſi duo invicem agentes injuriarum, compenſatione mutuâ dimittantur, ejuſmodi condemnatio, an abſolutio partibus infamiæ notam infligat; non acumine theoretico, ſed uſu & diſcretione pragmatica, ſicut omnium ipſius argumenta diſputationum comparata ſunt. Sandius autem in *lib. 5. tit. 8. def. 9.* quæſitum narrans, an mulier à marito verberibus adfecta injuriarum agere poſſit, negativam hac ratione judicatam firmat quod actio famoſa non detur inter Conjuges *l. 2. D. & C. Rer. amot.* niſi quod obſervat, inter Doctores ambigi, an ob modicam & levem injuriam condemnatus infa-

Digitized by Google

infamiâ notetur, aliis ajentibus, aliis negantibus, ut videre ſit apud Berlichium *part.5. Concluſ. 63. n.* 14 Quid quod idem Sandius *eod. tit. def.* 6 refert, ideo de injuriis in Arbitros compromitti non poſſe, quod judicium hoc famoſum ſit, ſecundum *l.* 32. §.6 *d. Recept. qui arbitr. recep.* At vero his non obſtantibus dicendum eſt, hanc rem adeò indubitatâ publicæ conſcientiæ certitudine apud nos in diverſum conſtare, ut dubitare nefas ſit, an quiſquam ob injuriam, licet atrocem, condemnatus infamis fiat. Niſi id ſpecialiter expreſſum fuerit, quod vix unquam uſu venit. Ipſe id expertus eſt Sandius, ſed aliquamdiu poſt ſcriptas deciſiones. Fuerat Vir ſpectatus, qui auſus erat, de Sandio, gravitate non minus & probitate, quam eruditione conſpicuo Viro, prædicare, quod in Conventu amicorum Quæſtoris Boorſma, ſatis noti in Friſiâ, ingentem pecuniæ vim obtulerat cuidam, ut falſum teſtimonium pro Quæſtore illo, Sandii affine, diceret. Vocatus hac dere in Jus, cum probare non poſſet dictum Calumniator, ille cingulo quidem ſuo, quod tunc habebat, exutus eſt; à futuris dignitatibus non fuit excluſus; adeoque nec infamis eſt factus ad *diem* XIV. *Februar.* 1637. Quin adeo multum abeſt ab infamiæ contage, hodierna condemnatio injuriæ in noſtro, inquam Foro, ut etiam *Recantatio*, quæ in ſatisfactionem partis læſæ à Veteribus pragmaticis infamiæ ſurrogata fuerat, jam penitus apud nos, inquam, ſublata ſit. Aliarum tamen gentium etiam pragmaticos Scriptores à Juris Romani regulis hac parte non ita recedere videmus, quos ordine longo recenſet Carpzovius *part.* 2. *Criminal. Quæſt.* 94. *n.* 67. Vereor tamen, ne non ita potius ex abſtracta juris ratione, quam ex uſu rerum hominumque loquantur, quod Carpzovius agens de infamiæ praxi. *Et hoc quidem*, inquit, *de jure veriſſimum eſt. Attamen hodiernis moribus ex hominum opinione infamia magis æſtimatur*, *part.* 3. *Qu.* 135. *n* 52. Fere quemadmodum D. Schotanus in *Exam. ad tit. π. de His qui infam. not.* Moribus *hodiernis*, inquit, *ad infamiam non tam facile proceditur*. Nec effectus illi notabiles excluſionis à cunctis dignitatibus & teſtimoniis omnique civili & publicâ honeſtate adverſus injuriæ ſimpliciter damnatos in pleriſque populis exerceri videmus.

3. Sed ego partes Juris Romani facile tuebor adverſus hanc noſtri ſeculi & ſoli Cenſuram. Et primo quidem, de his *qui Artis ludicræ pronuntiandive causâ in ſcenam prodeunt*, habemus ſuffragium Præceptoris noſtri, cujus ad hæc verba Prætoris *ἐπίκρισις* eſt, MERITO! Laudato Auguſtino, qui *Theatra turpitudinis vitiorumque omnium ſentinam & Scholam* vocavit, *Comm. ad h. t. n.* 15. Quod ne quis hodiernæ & Veteris ſcenæ diſparitate eludat, addit, de his quæ hodieque fiunt, *Sæpenumero non ſine atroci blaſphemia ſacræ hiſtoriæ in ludis ſcenicis tractantur. Spectantur hiſtriones induti veſtibus muliebribus* contra Legem Dei *Deut.* 22. *v.* 5. Claudit tandem, *Denique ludos ejuſmodi non raro ſequitur luctus:* quod altius repeteret, ſi Danicum recens audiiſſet exemplum. Non poteſt Vir optimus, quin atro carbone notet Diſputationem Alberici Gentilis, quam ſcripſit ut ſuprà diximus, de *Actoribus & Spectatoribus fabularum non notandis*. Romani tamen Juris-Cti verba Edicti ad eos, *qui quæſtus causâ & propter præmium in ſcenam prodeunt*, prudenter reſtrinxerunt *l.* 2. §. *ult. h. t.* Hos enim perfrictæ frontis & perfectè nequam eſſe pleroſque, docet uſus & omnium exempla temporum. Adeo, ut neque

Digitized by Google

neque deſperem, illos hodieque à dignitatibus & teſtimoniis, utique dum artem illam exercent, excluſum iri. Quod ſi non eadem ubique ſit æquabilis obſervantiæ gravitas, nulla tamen gens ſuam facilitatem in contemptum Romanæ ſeveritatis meritò prælatura videtur.

4. Videamus actiones Injuriarum. In quibus ſi rationes theologicæ & philoſophicæ valebunt, à facilitate moris hodierni, apud nos inprimis recepti, non fuerim alienus; Si juridicis utendum rationibus, ſicut his utendum eſt, pro Romanis ſtabimus & Cenſuram noſtri temporis facile ſuſtinebimus. Si Rempublicam haberemus conſiſtentem ex hominibus in Chriſti ſchola ſubactis ad ferendas injurias, ad precandum pro his qui execrantur ipſos, ad augendos tunicâ, pallium auferentes, ad alteram malam, poſt acceptam in alterâ plagam, offerendam; vel ejuſmodi ſapientibus, qui negant ſui ſimiles injuriâ adfici poſſe, nihil foret convenientius, quam ut Judices eorum conſtantiam & pietatem imitarentur, & infamiâ, palinodiâ cæteriſque ad animadverſionem ſpectantibus graviorem pœnis, injuriarum reos allevarent. Verum ſi plebes noſtræ in communi morum diſciplinâ non multo ſint meliores, quam olim fuit Romulea (cum qua ſi comparem hac parte noſtras, imjuriam nemo his fieri dixit) Leges ita ſunt ferendæ moderandæque, ut vulgus pacem ferre velit & cogatur; quam nihil frequentius Injuriis & Contumeliis turbari, videmus omni die. Quid magis incitat homines ad aliis inſultandum verbis & verberibus, quam quod nauta vel bajulus intelligit, quanti conſtet ictus pugni, alienis oculis impacti, aut barba capilluſve vulſus, vel ſi placeat, os cultro dilatatum: Et Conſul aut Tribunus, quanti pluris ſibi conſtet, in Curiâ an in corte Collegam invadat, contundat, vellat aut proterat. Mittit viatorem, de noſtro uſu loquor, qui offerat æs ſtatutum, vel ad judicem ubi ventum fuerit, ſatis in tempore pecuniâ in ſacco paratâ defungitur. Si pars læſa judicis officium imploret, haud equidem ſurdas aures inveniet; at litiget ſuo periculo & in impenſas adverſario expectet, uti cum ludibrio damnetur. Romana Lex Rhadamanti de talione regulam cenſuit ex parte ſaltem hic adhibendam. Id egit auctor injuriæ, ut alium contemptui & ignominiæ exponeret. Ita enim arbitrantur nationes, Chriſtianæ non minus, etſi parum ex Lege Chriſti, quam antiquæ; homines, qui impune ſe contumeliis injuriiſque vexari & operiri patiuntur, eſſe degeneres, infames, nec in Collegiis ulliſve honeſtioribus ferendos conſortiis. Quod igitur alius alii per injuriam inferre conatus eſt, id ipſe jure juſto, ferat oportet, nec quiſquam id ut durum aut iniquum inſimulare poteſt. Quod ſi apud nos popularis adverſus patientiam opinio minus quam alibi ſevera videatur; hoc tamen nemo neget, indignum eſſe Viro generoſo, pro injuria qualibet atroci vel levi contentum eſſe pecuniâ & devorare dedecus impactum. Aut hoc tamen faciendum, aut retorquenda injuria, ut quidem ſe habet Fori noſtri praxis, dum reos injuriarum defungi patitur oblatione pecuniæ ſatis exiguæ ſingulis injuriarum ſpecibus impoſitæ, nulla ratione honoris actori injuriam paſſo reparandi habita. Quod non eſt mirum, ſi plerique adſpernati, manu & talione ſatisfactionem ſibi procurare malint. Idque niſi deinceps per hanc muſteam praxin, ignotam veteribus increbreſcet, aut gens noſtra mirifice pia, vel præ omnibus aliis indole ſit degeneri oportet. Nec quidem hac ratione pietas adſeri poteſt; Nam qui pecunia ac-

ceptà, ſine re judicata, ſine nota ſuæ innocentiæ & alterius injuriæ acquieſcit, ipſe honorem ſuum pecunia æſtimavit; quod nego eſſe pietatis; hæc vult animo magno, Chriſti causà, ſperni & ignoſci injuriam. Quid eſt igitur aliud hæc praxis, quam hominibus non factis ad hanc infinitam patientiam monſtrare viam, non timidis dulciſſimam, paria referendi paribus & vice mutuâ offerendi pecuniam? Nihil enim eſt verius, quam ubi deſinunt judicia, ibi incipere bella; deſinunt autem, ubi judicium honoris cauſa dictatum in præſcinditur, oblatâ pecunia, quam Lex doloris ſolatio, non honoris reparationi præſcripſit. Pœna debet habere proportionem delicti; quæ nulla eſt inter honorem & pecuniam; eſt inter injuriam & infamiam; quæ proinde ſit veriſſima, juſtiſſima & ſanctiſſima veteris *Eunomiæ* conſtitutio. Niſi cui forte ſecus videatur de adjectione Prætoris, quâ etiam *pactos*, id eſt, eos qui condemnationem pactione vel tranſactione prævenerint, infamiâ notavit, eò quod pactus habeatur pro confeſſo & convicto. Quod tamen rurſus ita limitatur, ſi pecuniariâ pactione tranſegerit. *L.* 6. §. 3. *h.* Nam deprecari licet, ne alioqui nullus veniæ locus detur, *d. l.* 6. §. 3. Planc ſi Jus Civile maneret, ſalvà tamen exceptione, quam Judices ob merita circumſtantiarum, in ſententia facerent, obſervandum fore non negamus; ut ſi judex ob cauſas juſtas honorem condemnato reſervet, qua de re probat Carpzov. *part.* 2. *Crim. Qu.* 94. *n.* 48. Nec eſſet ab æquitate aliena moderatio, quam dictat Juris Canonici auctoritas, injuriæ modicæ negantis infamiam eſſe pœnam *c.* 23. *x, de ſent. & re jud.* quam eſſe DD. communem teſtatur & probat Carpzov. *d. Qu.* 51. *n.* 25. Nec adeo recuſemus, quæ in hanc partem poſtulat Groenewegius ad *tit. Inſt. de Pœn. tem. litig.* §. 2. Etiam illud, quod hodie frequenti uſu Fori ſervatur, ut ſolutione mulctæ ſingulis injuriis impoſitæ ante ſententiam Reus infamiam evitare queat, ut probat Gail. 2. *obſ.* 103. modo tamen Recantatio in ſatisfactionem honoris, ubi illa non eſt abolita, minime tollatur aut evitetur, ut fieri non debere per ea quæ Gailius habet *d. cap.* 103. colligi poteſt. Quod ſi recantatio injungatur, nihil erit difficultatis in finiendâ per oblationem ejus quod ſententiâ obtineri poteſt, lite motâ.

5. Tranſeamus ad judicia Societatis, Mandati, Depoſiti, Tutelæ, quorum condemnationes Edictum Prætoris æquè notat infamiâ; modo quis actione directâ, non judicio contrario fuerit conventus; Rationem Ulpianus reddit, quia in contrariis *non de perfidiâ, ſed de calculo agitur l.* 6. §. *ult. h. t.* Hanc quoque ſeveritatem moribus hodiernis, ut longe ſuprà meriti modum, improbari, non eſt quod moneamus, niſi quando inſignem malitiam, quibuſdam aliquam partem infamiæ nominatim per ſententiam uſu veniat irrogari, quod perquam raro fieri docet experientia. Severitatem hanc fuiſſe Romanis veterem Cicero teſtatur in *orat. pro Cecinâ. Qui per Tutelam aut Societatem, aut rem mandatam, aut fiducia.* (Depoſiti,) *rationem fraudavit &c. eſt turpe judicium* &c. in *Narrat.* Nominatim de Societate idem in *Orat. Pro Roſcio*; *Recte*, inquit, *majores eum qui ſocium fefelliſſet, in virorum bonorum numero non putarunt haberi oportere.* Et in Orat. *pro Quintio*, ubi de Quæſtione ſocietatis agitur, *Si cauſam eam perdat, futurum eſt*, inquit, *ne Quintius in Civitate ſit, ne locum ſuum, quem adhuc honeſtiſſimè defendit, obtineat, ne numeretur inter Cives; decernat de vitâ & ornamentis*

Digitized by Google

mentis ſuis omnibus: quæ cum famâ ſua pariter amitteret. Atqui hæc mala non eſſe graviora, quam meretur aliquis eo quod in contractu male verſatus eſt, nemo cum ratione ſuſtinere poſſe videatur; Præſertim, ſi & negligentiæ defectus in minimis rebus tam atrociter habendus ſit, ut quidem Cicero de Mandato ſcribit in *Orat. pro Roſc. In minimis rebus qui mandatum neglexerit, turpiſſimo judicio condemnatur.* Et mox. *Etiam negligentia in crimen mandati judiciique infamiam revocatur.* An nondum fatebimur, heic habere locum, illud, *Exceſſit medicina modum?* Primo velim rurſus audiatur Cicero ex *Orat. pro Roſc.* Itaque *Mandati*, inquit, *conſtitutum eſt judicium non minus turpe, quam furti; Credo, propterea, quod quibus in rebus ipſi intereſſe non poſſumus, in his operæ noſtræ, vicaria fides amicorum ſupponitur; quam qui lædit, oppugnat omnium commune præſidium & quantum in ipſo eſt, diſturbat vitæ ſocietatem. Non enim poſſumus omnia per nos agere; Alius in alia eſt re magis utilis. Idcirco amicitiæ comparantur, ut commune commodum officiis gubernetur.* Et mox; *Ergo idcirco turpis hæc culpa eſt, quod duas res ſanctiſſimas violat, amicitiam & fidem. Nam neque mandat quiſquam ferè, niſi amico, neque credit, niſi ei, quem fidelem putat.*

6. Dicendum quod res eſt, Amicitia longe ſanctius à veteribus habita & exculta fuit, quam hujus ſeculi ſecta ferat aut adſequatur, imitatione vel æſtimatione; juxta quam imparitatem non eſt mirum, ejus violationem minime tam graviter hodie, quam olim uſu venit, æſtimari. Quis autem vel his temporibus neget ea quæ Cicero dixit, eſſe vera, uſuſque noviſſimi diſcrepantiam eſſe crimen ſeculi? Idque ſi de Societate Mandato quod tenemus, facile ad Depoſitum, in quo perfidia deformior, & ad Tutelam, ubi multo pernitioſior eſt, transferri poſſe, ratio manifeſta dictat. De Chriſtianis primævis in celebri epiſtolâ Plinii ad Trajanum & de illorum confeſſione legimus, illos inter argumenta conſenſus ſui, habuiſſe articulum, *Non abnegaturos eſſe Depoſitum*, ut inſigniti ſceleris ſpecimen. Ne quidem igitur hac parte ſeculi Cenſuram agnoſcimus.

7. De ſecundis Nuptiis intra annum luctus ratio dubitandi, an huic rei infamiæ pœna merito ſit impoſita, major eſſe videtur; quia non ſatis conſtat, an hoc tempus luctus habeat aliquam neceſſitatem moralem, aut etiam valde probabilem rationem. Tempus illud luctus eſt annuum more majorum, ut Seneca 8. *epiſtol.* accurate decem menſium, ut idem in *lib. de Conſol.* jure novo annus integer *l. 2. C. de ſecund. Nupt.* Ordines Friſiæ annum luctus, ut Romani Veteres ad tempus, quo mulieres uterum gerunt, reſtrinxerunt. *I. Stat. 1. tit.* 13. quoniam id tempus ſufficit ad diſcernendam *τὴν τῆς γονῆς ἀδηλίαν*, *ſeminis & fœtus incertitudinem.* Sed Pontifices Romani, quorum in hoc genere Cenſuræ non ſpernenda eſt auctoritas, aliter ſentiunt. Urbanus III. ad Exonienſem Epiſcopum ita reſcripſit, his verbis; *Super illa quæſtione, quâ quæſitum eſt, an mulier poſſit ſine infamiâ nubere intra tempus luctus ſecundum Leges definitum: Reſpondemus; quod cum Apoſtolus dicat, mulier viro ſuo mortuo, ſoluta eſt à Lege Viri ſui, in domino nubat, ſi voluerit; per licentiam & auctoritatem Apoſtoli, ejus infamia aboletur c. 4. x. de Secund. Nupt.* Idem ſcripſit Innocentius Papa, III. ad nobilem mulierem in *cap. ult. d. tit.* Concluſio equidem Pontificum eſt contra infamiam, unde ſine dubio fluxit hæc remiſſio in mores gentium, ſolam. Ratio illorum nec minus ipſa con-

Digitized by Google

cluſio tacita fiat contra univerſum luctus inſtitutum, quam viduabus evidenter ſatis remittunt, κακοζηλία magis Cenſuræ ſuper Imperatores lugendi auctores, exercendæ, quam ex Apoſtoli ſententiâ, qui nihil minus cogitavit, quam libertatem ad ſecundas tranſeundi nuptias vertere in contemptum civilis conſtitutionis de honeſtate luctus. Quam verbis, *nubat in Domino*, potius injungi quam remitti nemo dubitet, qui meminerit, quo pacto ubi τὸ εὔσχημον καὶ εὐπρόσεδρον, obſervantiam honeſti atque decori, ipſamque mali ſpeciem vitare nos doceat Apoſtolus, nedum ut Chriſtianos à paganis abſtinentiâ & verecundiâ ſuperari legeſque duntaxat probabiles à Poteſtatibus latas ſpernere pateretur. Si momentum rei & luxuriæ in hac feſtinatione deformitas bene perpendatur; nemo Romanos Veteres novoſque Cæſares, ob hoc infamiæ decretum, Cenſura dignos, & ſi moris hodierni indulgentiam non damnet, exiſtimabit. Poſtremo, ſi quis infamiæ notam in perpetuum inflictam nimis horridam putet, is cogitet in promptu fuiſſe Principum è cauſis probabilibus, remiſſionem aut reſtitutionem. Cujus moderatio ſeveritatis hujus invidiam melius molliret, quam infinita remiſſio licentiam hodierni moris incitat omnemque modeſtiam diſſolvit.

Ulpianus Lib. vi. ad Edict.

Contrario judicio damnatus non erit infamis: nec immeritò. Nam in contrariis non de perfidia agitur, ſed de calculo, qui fere judicio ſolet dirimi. l. 6. §. 8. *a. His qui not. infam.*

1. Quid hoc? Diſſenſio de calculo, judicio ſolet dirimi. Ergo inde non oritur infamia. An igitur, quod infamia punitur judicio non dirimitur? Non cohæret. Ideo Faber putat erratum eſſe, legendumque *ſine judicio.* quid ergo. An diſſenſio de calculo judicio non dirimitur? Quid omni die fit crebrius? Imo vix ullæ ſunt lites intricatiores, quam ubi de calculo, de acceptis & expenſis ambigitur & diſceptatur. Probat ille ſuam interpretationem ex *l. 29. & 30. d. dol. malo. Sabinus putat, calculi ratione potius, quam maleficii, heredem conveniri: denique famoſum non fieri: ideoque in perpetuum teneri oportere. Neque cauſæ cognitio in heredis perſona erit neceſſaria.* Sed quod ibi cauſæ cognitio negatur eſſe neceſſaria in herede, pertinet *ad dolum*, qui cum nullo modo in heredem cadat, hujus reſpectu nihil opus eſt cauſæ cognitione. De calculi diſcrepantia id nullo modo prædicatur; qua nihil, inquam, magis requirit cognitationem: ſiquidem non de ſimplici additione, vel ſubtractione, ſed de confectione ſummarum diſceptari ſolet in Judicio. Maneat igitur Lectio Florentina, tali ſenſu: Quæſtiones calculi non infamant, quia non veniunt ex dolo præcedente, ſed è tricis mutuarum præſtationum, quæ non tam odio ſui damnantur à judice, quam ratione *dirimuntur*, fere, inquit; Aliquando enim ſunt inextricabiles; Qualis prope fuit lis, quam ego primam in Judicio Patriæ ſummo retuli, de calculo præſtationum veteris communionis, quæ ſub plurium manibus Relatorum hæſerat, & cum mihi cauſarum adhuc vacuo oblata ægreque mea relatione dirempta fuiſſet; Pars utraque victrix & victa me

xenio-

xeniolis honoravit, quod tricas calculi ab ipſis ſine dolo ex variis præſtantionum articulis nexas judicio diremiſſem. Talibus infamia merito applicari non poteſt.

Paulus Lib. v. ad Edict.

Uxores viri lugere non compelluntur. l. 9. d. His qui not. infam.

Atqui Nuptiæ ſunt conjunctio maris & feminæ, conſortium omnis vitæ, Divini & humani juris communicatio *l. 1. d. Rit. Nupt.* Ergo cum per matrimonium fiat una veluti perſona ex duabus, & una caro, non minus uxores à maritis lugeri convenit, quam maritos ab uxoribus. Et id ſane convenit Chriſtianæ pietati eoque jure utimur, ait Antonius Faber *ad h. l.* Defenſio Juris Romani, ex ſententiâ Fabri nulla eſt quam hæc; *quod à Virilis animi dignitate, & à conſtantia ac fortitudine, quæ viros decet, alienum videatur, ut lugeant.* Verum enim verò non magis feliciter defendit jus Romanum Faber, quam illud oppugnat. Non ea fuit Romani Juris ratio, quod maritos luctu aliquo memoriam conjugum perſequendo dehoneſtari crederent, verum quod turbamentum ſanguinis, ut eſt in *l. 11. §. 1.* hoc eſt, *σύγχυσις τῆς γονῆς, confuſio ſeminis* & incertitudo partus in viris non haberet locum; nec etiam reverentia, quo reſpectu parentes & cognati lugentur *l. 23. h. t.* Hanc proprie maritus uxori, ut inferiori non debet. Ac ideo uxores ſuas lugere, non compelluntur. Nec aliter hodiernis moribus obtinet. Etſi honeſtatis cauſa temporis alicujus moderati abſtinentia illis commendatur, ut Stat. Friſ. *l. 1. Tit. 1. art. 3.* Male igitur Faber hic Juris Romani & hodierni diſcrepantiam obſervat.

Ulpianus Lib. VIII. ad Edict.

Et ſi talis ſit maritus, quem more majorum lugeri non oportet, non poſſe eam nuptum intra legitimum tempus collocari. Prætor enim ad id tempus ſe retulit, quo vir elugeretur: qui ſolet elugeri propter turbationem ſanguinis.

1. *Pomponius eam, quæ intra legitimum tempus partum ediderit, putat ſtatim poſſe nuptum ſe collocare: quod verum puto.*

2. *Non ſolent autem lugeri, ut Neratius ait, hoſtes, vel perduellionis damnati: nec ſuſpendioſi: nec qui manus ſibi intulerunt non tædio vitæ, ſed mala conſcientia. Si quis ergo, poſt hujuſmodi exitum mariti, nuptum ſe collocaverit: infamia notabitur. L. 11. §. 1. 2. & 3. d. His qui not: infam.*

1. Integrum locum poſuimus, etſi ultima tantum Cenſuræ Fabrianæ expoſita ſint, ut hanc melius occuparemus Quam inepta ſit hæc, inquit, illatio; *Si quis ergo poſt hujuſmodi exitum mariti nuptum ſe collocavit, infamia notatur;* nulli non primo intuitu conſtat, *cum potius ſit ratio dubitandi quam decidendi.* Quid enim hoc; Non ſolent lugeri, Ergo mulier intra annum nubens in famiâ nota-

Digitized by Google

notabitur. Primo, nemo dixit *ſi quis* nuptum ſe collocavit; ſi *qua* ſcribendum erat, & *tamen* pro *ergo*. Eſt igitur hæc adjectio imperiti interpretis plane inepta, & ab juris ratione aliena, ut *Faber*. Quod cur dicendum ſit, Tametſi pro *quis* legatur *qua* non apparet: ſi non ſufficit, quod verbum *ſi quis* tam maſculos quam feminas complectitur, *l. 1. d. V. S.* idque tantum habet locum, ubi ſimul uterque ſexus intelligitur, non ubi ſolus femineus; fiat, *qua* pro *quis*. Etſi *tamen* etiam pro *ergo* legendum fuerit, nondum quod ſupereſt eliminandum foret. Sed τὸ *Ergo* referri debet ad *Princ.* loci hic poſiti. *Etſi talis ſit maritus, quem more majorum lugeri non oportet, non poſſe eam nuptum intra legitimum tempus collocari &c. Si quis ergo poſt hujuſmodi exitum mariti nuptum ſe collocaverit, infamia notatur.* Intermedia verba §. 2. & prima §. 3. exegeſin parentheticam primæ poſitionis continent. Ita nihil eſt, quod Ulpiano ſit indecorum.

Ulpianus Lib. VI. ad Edict.

Pœna gravior ultra Legem impoſita exiſtimationem conſervat, ut & conſtitutum eſt & reſponſum: Ut puta, ſi eum qui parte bonorum mulctari debuit, Præſes relegaverit, dicendum, duriori ſententiâ cum eo tranſactum de exiſtimatione ejus, idcircoque non eſſe infamem. l. 13. §. 8. d. His qui infam. not.

1. Sententia hujus loci eſt, eum qui duriore pœnâ non pecuniariâ, ut in ſequentibus explicatur, judicis imprudentia, vel nimia ſeveritate condemnatus eſt, cum hoc capere ſolatii; quod ex quo crimine fuiſſet infamis, ei nunc infamia remittatur. Quam manifeſtæ æquitatis & humanitatis ſententiam, quod hodie pragmatici, ut inanem ſubtilitatem rejiciunt, quamobrem ita faciendum putent, non ſatis intelligo. Duas pro ſe & Mornacio rationes adfert Groenewegius. *Cum pœnæ apud nos fere ſint arbitrariæ, duriori ſententiâ cum reo, de ejus exiſtimatione tranſactum dici nequit.* Atqui hoc nihilo ſecus ſe habet Jure Civili, ut idem hic Ulpianus docet, *Hodie licet ei, qui extra ordinem de crimine cognoſcit, quam vult ſententiam ferre, vel graviorem vel leviorem: Ita tamen, ut in utroque modo rationem non excedat. l. 13. d. Pœn.* Minime eſt infinita judici poteſtas ſæviendi pœnis in reos; Et quanquam in dubio res judicata pro veritate habeatur, nihil vetat tamen adverſus immodicum judicis rigorem petere emendationem ſuperioris aut Principis. II Groenewegius; *Cum hodie non tam ex crimine, quam ex genere pœnæ infamia irrogetur, conſequens eſt, ut ſententiæ ſeveritas & pœna aucta infamiam quoque augeat.* Negatur antecedens, ut mox intelligemus. Et converto argumentum; Quia pœnæ genus non irrogat infamiam, ſequitur, ejus nimiam duritiem reis potius Levamini famæ eſſe debere. Prima igitur ratio Legis Romanæ ſatis adſeritur, & cum à Pragmaticis iſtis in contrarium, nihil quam rationes allegentur inanes, nihil eſt cauſæ, quamobrem hæc æquitas & humanitas hodieque locum invenire non debeat.

Marcel-

Marcellus Lib. 11. Publicorum.

Ictus fuſtium infamiam non importat, ſed cauſa propter quam id pati meruit, ſi ea fuit, quæ infamiam damnato irrogat. In cæteris quoque generibus pœnarum eadem forma ſtatuta eſt. l. 22. d. His qui infam. not.

1. Jam nigrum theta præfixit huic loco laudatus Groenewegius, ut ſuprà intelleximus, non æquè Mornacius, tam nihilo deterior practicus quam multo melior theoreticus; qui rationibus & exemplis hanc legem, quâ nihil humanius, adfirmat. Poteſt enim fieri, ut Civitate factionibus ſciſsâ pro ſeditioſis, qui verè jus publicum tuentur, habeantur & per tyrannidem boni cives infamibus ſuppliciis adficiantur. Poteſt confeſſor Religionis & veræ pietatis cædi virgis, inuri ſtigmatis, relegari ad remos, ad furcam damnari; quos, ſi pœna ſola infamet, etiam alibi gentium pro infamibus haberi oporteret; quod nec ratio, nec ſanior opinio populorum probat, ut nec pœna ſed causa martyrem fieri dixit Auguſtinus. Conſentientes pro ſe laudat Groenewegius Buſium noſtratem, *ad h. l.* male; Carpzovium *part.* 3. *Crim. Qu.* 135. *n.* 49. etiam male. Dicit enim fuſtibus & virgis cæſos ſtigmatiſque inuſtos & ſimilibus adfectos ſuppliciis, plerumque pro famoſis haberi, quod verum eſt; ſi de causâ vel iniquitate ſententiæ non palam conſtet, quia res judicata pro veritate habetur *l. 25. d. Stat. hom.* Sic etiam fere accipiendum, quod Macer in *l. 12. d. Pœnis* ſcribit, *quod ad ſtatum damnatorum pertinet*, nihil intereſſe, judicium publicum fuerit, nec ne; *Nam ſola ſententia, non genus criminis ſpectatur*, ait. Scilicet, quale genus criminis ſit: publicum, an privatum, ordinarium an extraordinarium, nihil refert, quia ſtatus reorum à ſententiâ, quam ſupponit eſſe bonam & juſtam & crimini convenientem Macer; adeoque à merito non à genere delicti pendet reorum ſtatus, ut Juriſconſultus inſtituit. Eſt ita locupletior expoſitio hujus L. quam Faber exiſtimat, qui rationem & uſum *h. l.* petit ex *l. 13. §. 8. h. t.* quam modo habuimus. Et ſecundum expoſitionem noſtram nihil opus eſt, ultima verba *h. l.* cum Fabro adſcribere Triboniano, quaſi ultra pœnam fuſtigationis hæc regula non adſurgeret. Tametſi ad Eunomiam, ſi maximè Triboniani hæc adjectio eſſet, ea res non ſpectaret, ſi modo res bene ſe habeat; quod ut demonſtravimus, ad alias omnino pœnas hanc regulam utiliter referri: Nolim etiam proprio capite vindicare finem *l 12. h. t.* quam Faber æque Triboniani eſſe contendit, quia ſcriptum eſt, *cum oportet*, pro, *oporteat*. O Criſis inconſulta, quæ undique refellitur! *Cum* pro *quia* dicit Faber, ſubjunctivum non indicativum poſtulat in regimine. Piget anticipare, quod ſcribendum, & ſcriptum eſt à nobis ad *l. 7. §. 1. d. Hered. Petit.* Eſt etiam ibi, *ſententia habita* quod Paulus non dixiſſet, ait cenſor, odioſus in cancellis loquendi figendis quos veteres ejus maxime ſeculi toties excedunt. Si lata ſententia, ſit uſitatius, in *habita* nihil eſt incommodi.

Ulpia-

Ulpianus Lib. VIII. ad Edict.

Parentes & liberi utriuſque ſexus, nec non & cæteri agnati, vel cognati, ſecundum pietatis rationem & animi ſui patientiam, prout quiſque voluerit, lugendi ſunt. Qui autem eos non eluxit, notatur infamiâ. l. 23. d. His qui infam. not.

1. Falſitatis arguitur hoc teſtimonium, quod Tribonianus *finxerit arbitratu ſuo*, ut cenſet Wiſſemb. noſter *in emblem. h.* auctorem laudans Cujacium, qui in *lib.* XXI. *Obſervat. c.* 12. id ipſum à Triboniano ſcribit eſſe deſignatum, *ſecuto*, inquit, *rationem animi ſui, vel morem ſui temporis. Nec enim de lugendis parentibus aut liberis, aut cognatis Ulpianus aliud quam Paulus ſcripſerat, qui lib. 1. ſentent. tit. ult. de ſepulchris & lugendis* ita ſcriptum reliquerit; *Parentes & filii majores ſex annis, anno lugeri poſſunt, minores menſe, maritus decem menſibus & cognati proximioris gradus octo; qui contra fecerit; infamium numero habetur.* Credo D. Wiſſembachium quæſiviſſe hunc locum in Paulo, nec invenire potuiſſe. Nam etii Cujacius librum & titulum capitis in Pauli ſententiis demonſtraverit, ille tamen verbis utens Cujacii, ſimpliciter ita ſcripſiſſe *Paulum in ſententiis* adfirmat. Puto illi eveniſſe quod mihi; Titulum iſtum *de ſepulchris & lugendis*, qui eſt in *lib.* 1. *c. ult. Sententiar.* pervolventi hæc aut ſimilia verba non occurrerunt, ſicut ibi non extant. Nec alibi *ſententiarum* quæſita, ut videtur, invenire potuit Wiſſembachius, nec ego adhuc quidem in ipsâ Editione Cujaciana. Quod viſum fuit Præceptori meo, ut tamen ita Paulum ſcripſiſſe narraret, id mihi per cenſores meos non licet, quanquam non eſt quod negem Cujacium habuiſſe librum, in quo ita ſcriptum fuerit. Sed antequam ipſum locum in ſede ſua viderimus, huic Cenſuræ vix erit ut ſatisfacere poſſimus.

2. Interim quur mihi probabile non videatur, hunc locum à Triboniano eſſe corruptum vel refictum, breviter exponam. Triboniano in emblematis ſuis plerumque licet objicere illud ancillæ evangelicæ, ἡ λαλιά σου δῆλόν σε ποιεῖ. *Sermo tuus te prodit*; Quia non poteſt ſtribiliginem ſuam thracicam terſo veterum latinorum ſtylo ita miſcere, quin evidentius aquâ dulci & ſalsâ in confluentibus, differant. In his verbis ſuprà ſcriptis nihil ab Ulpiani ore, nihil à veteri more diſſonum offendat Cenſorem. Atqui ut eadem cum Paulo apud Cujacium, quod illi volunt, dixit, tota ratio mutanda fuerit & mutata fuiſſet à Triboniano. Placet etiam, quod hic textus ſervat diſcrimen vetus juridicum lugendi & elugendi. Elugendi voce de viduabus utitur Prætor in *l.* 1. *h. t.* quoniam illis complere tempus neceſſe fuit. Parentes aliique cognati lugentur quidem, ſed non elugentur, id eſt, tempus certum implere non coguntur, ut docet Rævardus 1. *var. ult.* ubi accurate de tempore luctus è Veteribus, & ſatis indicat, ſibi locum illum Pauli Cujacianum, etſi laudet titulum ejuſdem Pauli *de ſepulchris & lugendis*, fuiſſe incognitum. Atqui ſecundum iſtum Cujacii potius quam Pauli, quomodo adhuc eſt, locum, Parentes & liberi ſeptennes non tantum lugendi, ſed etiam elugendi ſunt annum integrum; Mariti, quorum gratiâ neceſſitas luctus, ne liberorum ſtatus turbaretur, introductus eſt, decem menſes duntaxat. Hæc res omnino ſuſpectum

ctum

ctum mihi locum τὸν ἄγνωστον illum incognitum facit. Cæterum, Quod decem menſium luctus & annus luctus in matronis viduabus promiſcuè ſumuntur, inde factum eſt, quod annus Romanus primo fuit decem menſium, ut Rævardus in *loco citato* probat ac aliunde ſatis conſtat. Id in his perpetuo obtinuit uſque ad Theodoſium, qui duos menſes reliquos maritis elugendis adjecit, in *l. 2. C. de Secund. Nupt.* Nam quod Wiſſembachius ad *h. l.* obſervat, *decem menſes uſque ad cladem Cannenſem fuiſſe obſervatos*, poſt quam inductum eſſe, ne amplius XXX. diebus maritus lugeretur, eſt error opinionis è lapſu memoriæ. Nam illa Conſtitutio dierum XXX. poſt cladem Cannenſem fuit temporaria, ne matronæ quæ fere omnes erant in luctu, à feſto Cereris celebrando averterentur, ut Rævardus *d. loco* è verbis Feſti, Valerii Maximi & Livii probat. Quis credat, liberis ſeptennibus lugendis ſpatium longius eſſe præſcriptum, quam maritis, quórum reſpectu ſolummodo neceſſitas Civilis urgebat? At liberi per integrum annum lugendi & elugendi fuerint ſub pœnâ infamiæ, duobus poſt luctum viduarum menſibus? Non eſt credibile; Longe probabilius, quod hic textus, ut ſuprà ſcriptus eſt, continet, parentes & liberos cæteroſque agnatos & cognatos eſſe lugendos ſane; non tamen eſſe elugendos, per certa temporum ſpatia, ſub infamiæ pœnâ. Teneamus hoc, cenſeo, donec ipſe Pauli locus in propria ſede monſtretur & examinetur.

Iulianus Auguſtus.

Eas vero exceptiones, quæ olim Procuratoribus, propter infamiam vel dantis, vel ipſius Procuratoris opponebantur, cum in judiciis frequentari nullo modo perſpeximus, conquieſcere ſancimus, ne dum de his altercetur, ipſius negotii diſceptatio proteletur. § ult. I. de Except.

1. Sequitur Titulus, de Procuratoribus, quo pertinet hic locus. Ex quo colligendum videtur & à pleriſque colligitur, infames poſſe dari Procuratores; utique datos non repelli; ſicut olim horum argumento verborum repulſi vel prohibiti fuiſſe videntur. Sane de Cognitoribus ita proditum eſt à Paulo I. *Sent.* 2. & Quintil. *l.* 3. *c.* 8. Cognitor autem à Procuratore differebat, quod ille à præſente litigatore dabatur, hic pro abſente fungebatur, ut Aſconius auctor eſt in III. *Verr.* Inde poductum hoc fuit ad Procuratores, quod & in Jus Canonicum tranſlatum eſt *c. infamis* 3. *qu.* 7. ubi; *Infamis perſona nec procurator eſſe poteſt nec cognitor.* Sed dein hoc abiit in deſuetudinem, quam Juſtinianus hoc loco ſtabilivit in jus contrarium, ut ne prorſus exceptionem de infamia Procuratoris aut Domini Procuratorem dantis opponere liceret. Ex quo nihil aliud ſequi potuit, quàm quod jam infamibus liceat eſſe Procuratoribus: quod ut indignum majeſtate judiciorum & Cenſoria nota dignum à multis opponitur.

2. Jacobus Mæſtertius in *lib.* 1. *de Juſtit. Leg. Rom. c.* 55. reſpondet, hic nullo modo infames admitti ad Procurationis officium, ſed *innui* contrarium; *alioqui non rectè exceptio de infamiâ Procuratoris objiceretur*, inquit. Neſcio, unde colligat, exceptionem de infamia Procuratoris objici recte, quam Juſtinianus

 con-

conquieſcere jubet, hoc eſt, quod alibi dicit ἀργεῖν, *otiari*, τῶν νόμων ἀργούντων; *Legibus* conquieſcentibus, id eſt, *uſum nullum habentibus*, in *pr.* Nov. CXVIII. Vult exceptionem duntaxat excludi Mæſtertius, *ſi omnino dubium ſit, num Procurator infamis, an vero integræ exiſtimationis ſit. Si vero de Procuratoris infamia clarè ac liquido conſtet, ita ut de eo diſceptari non poſſit*, eum nullo modo eſſe admittendum. Quomodo autem perſuadebit Mæſtertius, exceptiones non dari è cauſis indubitatis? ſive, quando Lex aliquam exceptionem ceſſare jubet, hoc tantum eſſe intelligendum, de cauſis excipiendi dubiis: contrarium uſus & veritatis evidentis habetur.

3. Mihi ſimpliciter ita dicendum videtur: Cùm infames in propriis cauſis & pro conjunctis perſonis nunquam in Jure ſtare atque poſtulare prohibiti fuerint *l. 1. §. 7. & ſeq. de Poſtul.* nihil viſum fuiſſe cauſæ Juſtiniano, quur iidem, Procuratores dare vel eſſe prohiberentur, cum hoc longe ſit minus quam poſtulare pro aliis, quod eſt Advocatorum, non Procuratorum: Utique talium, quos novit jus Romanum, qui res aut lites alienas mandato cujuſque domini privatim adminiſtrant: Quid obſtat huic magis infamia, quam ipſi domino, quem non impediri hac cauſa liti judicioque præeſſe olim conſtitit hodieque certum eſt? Planè publicos Procuratores, quales hodiè in omnibus Europæ foris habentur, qui nonniſi publice ad cauſas aliorum agendas admiſſi operam præſtant; de cujus uſu differentiæ notabili in *Prælect. ad h. tit.* egimus; tales non poſſe dari infames indubitatum eſt.

Ulpianus Lib. VIII. ad Edict.

Si defunctus ſit dominus ante litem conteſtatam, judicatum ſolvi ſtipulatione prò ſuo procuratore data, procurator compellendus eſt ad judicium accipiendum, ita tamen: ſi hoc dominus ſciente procuratore, & non contradicente fecit. Quod ſi aliter actum eſt, inſcium quidem procuratorem teneri ſatis incivile eſt; committitur autem ob rem non defenſam ſtipulationis clauſula. l. 15. d. Procurat.

1. Eſt hujus ſententia Legis aliena prorſus à ratione juris, & magis conveniens ei juri quod hodie obtinere refert Juſtinianus in *tit. I. de Satiſdat.* Ideoque totam *h. l.* Triboniani non Ulpiani eſſe pronuntiat audacter Antonius Faber in *Rational.* hic, & latius in *lib. 12. Conject. c. 16.* Præjudicium adverſus hoc cenſuræ genus enorme collocavimus ad *l. 68. d. Rei Vind.* & alibi: Nec in animum inducere poſſumus, ut tantam in Triboniano fuiſſe putemus vecordiam, qui novas ſuo arbitratu leges condere & in Codicem referre poterat, ut ſub nomine veterum JurisConſultorum, Juſtinianæas leges infarcire voluerit Pandectis. Flexerit aliquando pauculis vocibus dicta Juris auctorum ad ſui temporis rationem. Id erat Mandato Juſtiniani conveniens; Sed integris legibus à ſe confictis aliena præfigere nomina, tàm alienum erat à præcepto Cæſaris, quam putidum & infame apud alios, qui cum haberent adhuc Ulpiani libros ad Edictum, impoſturam & mendacii impudentiam omnibus irridendam & abominandam exhibere poterant. Quis ab hominibus tanto negotio, totius etiam orbis Imperio præpoſitis

ſitis infamiam imaginari poſſit? Sed videamus rationes. De ſtylo quod arguit Faber; exile & quæſitum; Etſi nos ſingula verba nihil opus eſt vindicare, nec ſi deſcriptores aliquando ſuas phraſes intulerint, ideo leges totas ſubornaſſe videri poſſunt. *Stipulatione pro ſuo procuratore data*, id eſt, promiſſione facta. Stipulationem in concreto etiam de promiſſione ſumi, tam eſt uſitatum, ut id quidem probari ſupervacuum ſit, incipe à *l.* 1. *& perge toto tit. d. V. O.* Quid eſt inſolens in *dare*, pro præſtare ubique obvium? Denique *ſatis incivile eſt:* hæccene locutio defendenda erit, quam nemo præter Fabrum, Latine gnarus argueret? Plus vigoris eſt in realibus. Defuncto domino ante litem conteſtatam Procuratorem non eſſe cogendum, probat his rationibus. I. Procurator lite conteſtata demum fit dominus litis *l.* 23. *C. de Procur.* Ergo tum demum cogi poteſt ad litem ſuam factam. Atqui hæc res non pendet à dominio litis, pendet ab eo, quod Prætor edicit in *l.* 8. §. *ult. h. t. Procuratorem ad litem ſuſcipiendam datum; pro quo, conſentiente Domino, Judicatum ſolvi expoſuit.:* Prætor ait, *judicium accipere cogam.* Non diſtinguit ante, an poſt litem conteſtatam; Rem ſuſpendit à cautione judicatum ſolvi, quemodmodum in *hoc textu.* II. ratio Fabri. Mandatum morte mandantis, Procuratore needum domino litis facto finitur *l.* 18. *in pr. Mandati.* Ergo nulla cogendi facultas. Reſp. cautio judicatum ſolvi, conſenſu Procuratoris à domino facta, facit, ut non tam res à natura mandati quam Stipulationis æſtimetur, idque non ex hac L. ſed ex Edicto Prætoris commemorato. Cui ſubjiciuntur caſus, quibus coactio ceſſat, quos inter non eſt mors domini, contra quam juris poſitivi auctoritatem, ineptæ Philoſophiæ eſt diſputare: Quemadmodum & Procurator ſi ipſe judicatum ſolvi ſatisdederit, hauddubie cogitur *l.* 43. §. *ult. l.* 76. *h. t.* Inde jam ultro labitur III. Fabri argumentum, à ridiculo & iniquo deſumptum, quod ob rem non defenſam ſtipulatio committatur: Nam ſi cogatur Procurator defendere, quod non Tribonianus aut Ulpianus, ſed Prætor conſtituit, quid ni re non defenſa teneatur? Quod autem Faber hunc locum Juri novo, quod ſit in *Inſtitutionibus*, adtemperatum ſcribit, non probat; nec adeo quicquam hac parte mutatum eſſe liquet.

Ulpianus Lib. IX. ad Edict.

Sed ſi adverſarius vel ipſe Procurator dicat, dominum mentiri, apud Prætorem hæc finiri oportet: nec ferendus eſt Procurator, qui ſibi adſerit procurationem; nam hoc ipſo ſuſpectus eſt, qui operam ſuam ingerit invito: Niſi forte purgati magis convitium, quam Procurationem exſequi maluit; & hactenus quidem erit audiendus ſi dicat, ſe procuratione quidem carere velle, ſed ſi id inlæſa exiſtimatione ſuâ fiat: cæterum, ferendus erit pudorem ſuum purgans. l. 25. d. Procurat.

1. D. Anton. Matthæus in *Diſp. fundam.* 7. *Cujus hæc inſcriptio eſt; Jus Civile in in paucis quibuſdam capitibus à Lege Dei, ab honeſtate & à ratione deflectit*, hunc textum adducit n. 24. *Secundum quem, Retorquere injuriam verbis illatam & convicianti conviciari liceat. Ego contra*, inquit, *Non reddetis malum pro malo, aut convicium pro convicio.* 1 *Petr.* 3. *v.* 9. Non oportet hujus Evangelici præcepti

minuere valorem; etſi unum ex iis ſit, quæ difficillime præſtantur, & cujus pervicacia ultimo loco cernitur & exſpirat in iis, qui mortem Spiritualem vitâ pari commutant. Et ſanè plus hac parte difficultatis eſſe in animo cujuſque ad iſtius præcepti religionem ſubigendo, quam in Juriſprudentia ab hoc crimine liberanda, facile probabo. Dominus Procuratorem ſuum poſt litem conteſtatam removere volebat à lite ſua curanda, quod niſi ex cauſa à judice probata, non licet *l.* 17. *& ſeq. h. t.* ubi cauſæ variæ recenſentur. Prætulit unam dominus indecoram, veluti, quod cauſam proderet adverſario; Procurator reſpondit domino commotior; *Tu mentiris.* Hoc ſi purgandi ſui causâ dixerit, ferendum ait JurisConſultus & audiendum eſſe contra dominum: quod neſcio, An quiſquam judex Chriſtianus aliter acciperet. Non laudatur ejus iracundia; non dicitur, eum expleſſe patientiæ Legem; Non ait hic Ulpianus, quod Veſpaſianus apud Suetonium, ut non ſit maledicendum Senatori, ita *remaledicere jus faſque eſſe*: Procurator pudorem ſuum purgat; ferendus dicitur, non puniendus, neque ſtatim auditorio excludendus. Judex apud ſe rem finire debet; Audire Dominum, procuratorem, decidere an hic officio cedere debeat: hoc definito, ſi alteruter injuriam ſibi factam putet habent ſuos judices: hæc audientia ad illam cognitionem non pertinet. Ego nihil hac in re bonâ fide, video, quid ipſi obſtet Evangelicæ diſciplinæ, in Ulpiani, inquam, ſententia & conſilio, non in facto vel dicto Procuratoris. Etſi, an convitium ſit, maledicenti & nomen ſuum honoremque laceranti, dicere, *tu mentiris*, ambigi forſitan poſſe videatur, Sane retorſionem eſſe licitam, duntaxat impunitam tenent unanimiter JuriſCti, Gail. 2. *obſ.* 100.

Ulpianus Lib. IX. ad Edictum.

Si ex parte actoris, litis tranſlatio fiat; dicimus committi judicatum ſolvi ſtipulationem à reo factam. Idque & Neratius probat, & Julianus. & hoc jure utimur: ſcilicet ſi dominus ſatis accepit. Sed & ſi procurator ſatis accepit, & transferatur judicium in dominum: verius eſt committi, & ex ſtipulatu actionem à procuratore in dominum transferri, ſed & ſi à domino, vel à procuratore in procuratorem judicium transferatur: non dubitat Marcellus, quin committatur ſtipulatio: & hæc vera ſunt. Et licet procuratori commiſſa ſit ſtipulatio, tamen domino erit danda utilis ex ſtipulatu actio, directa penitus tollenda. l. 27. §. 1. *d. Procurat.*

1. Antoh. Faber in *l.* 12. *Conject. c.* 4. ultima verba hujus §. *directa penitus tollenda*, cenſet eſſe Triboniani & à ratione juris aliena; Sed in *Ration. ad h. l.* totum §. inducit, ut ſuppoſitionis & inſcitiæ fœtum Tribonianeæ Exponamus ſententiam loci; tum melius cenſuræ meritum patebit. Actor qui dedit Procuratorem, ab hoc judicium in ſe recepit, quod ut fiat, ſuperioribus traditur *L l.* Reus antea domino ſatis dederat judicatum ſolvi; ex qua, non obſtante remotione Procuratoris, tenetur, ipſi nempe domino qui ſtipulatus erat. Sed pone; ſatisdationem factam eſſe Procuratori, an hoc remoto dominus adhuc inde poteſt agere? Poteſt. Pone rurſus; Dominus ſatis accepit, poſtea dedit Procura-

torem

torem, vel Procurator primus ſatis accepit, dein alius procurator in litem ſucceſſit, an hi, quibus ſatisdatio non eſt præſtita, inde habent actionem? Affirmatur, utilem ſcilicet, directa tum ceſſante, quoniam qui ſatis ſtipulati ſunt, quibus directa competit, è judicio *ſunt ſublati.* Dico, in his nihil eſſe inexpectatum, niſi quod dominus ex ſtipulatione procuratoris, & hic è ſtipulatione domini habent actionem quam non dari niſi ex re domini, vel præſente domino dici ſolet, ex *l.* 68. *h.* & *l.* 79. *d. V. O.* Scilicet, alius alii ſtipulari non poteſt *l.* 38. §. 17. *d. tit.* Sed hanc regulam tot exemptionibus eſſe ſubjectam, ut melius fuerit dicere, in univerſum ex bono & æquo alteri licere ſtipulari ſcribit non temere Balduinus in §. 4. *I. de Verb. O.* Inter omnes hanc eſſe juſtiſſimam quis negat? Reus ſatisdedit judicatum ſolvi adverſario, ſeu domino, ſeu Procuratori: Quis dubitet hoc actum eſſe, ut ſatisdatio prodeſſet ei, cui judicatum deberetur, ſive is eſſet idem, qui ſtipulatus erat, ſive alius ſucceſſor litis: Cui proinde actionem eſſe dandam res loquitur, ſed utilem, ob regulam Juris prædictam: Directa non poteſt dari, quia ſubmoto jam à dominio litis, eo cui directa competebat, termini habiles actionis illi dandæ deficiunt. Quod ſi Bachovius perpenderit, cur Fabri rationem ab his ultimis verbis probabilem, ut fatetur judicaverit, non ſatis intelligo. Quid Faber ad hæc? Nil niſi, quod jam preſſe occupatum eſt. Quibus adde, quod hæc nota ſit inter conventionales & Prætorias, qualis hæc Judicatum ſolvi, ſtipulationes differentia; quod ex Prætoriis domino per Procuratorem utilis actio quæritur incontinenti *l. pen. Si quis caut. in jud. l.* 14. *l.* 28. *l* 43. §. 5. *h.* ut ipſe Faber ad illos textus agnoſcit, quod merito illi Bachovius, ut oſcitantiæ incredibilis argumentum, cenſuræ dum litat, exprobrat; qui & Gotofred. ad *h. l. inf.* recte notat, quod is utiles, ex ceſſione moneat actiones intelligendas, quaſi juxta *l.* 49. §. 1. *d. Acquir. poſſ.* cum ceſſæ revera ſint directæ ex perſona cedentis. Cenſuræ nulla ratio ſupereſt.

Ulpianus Lib. IX. ad Edict.

Publice utile eſt, abſentes à quibuſcunque defendi: Nam & in capitalibus judiciis defenſio datur. Ubicumque itaque abſens quis damnari poteſt, ibi quemvis verba pro eo facientem & innocentiam excuſantem audiri æquum eſt, & ordinarium admittere, quod ex reſcripto Imperatoris noſtri apparet. l. 33. §. 2. *d. Procurat.*

1. Non quod hic locus notabiliter advertetur reſponſo Papiniani in *l. pen.* §. 1. *d. Publ. Jud.* ſed quod in ſe parum probabili ratione conſtet, ad hujus inſtituti materiam refertur. In capitalibus judiciis abſentes defendi tantundem eſſe videtur, ac eludere rigorem publicæ diſciplinæ, cum executio in damnatos fieri non poſſit abſentes. Ideo moribus omnium gentium merito receptum eſt hodiernis, ne reis graviorum criminum permittatur abeſſe & per Procuratorem ſe defendere, ſed è vinculis cauſam dicere coguntur, vel ſi abſint; etſi defenſores non deſint, ut contumaces Edictis citantur, ſique non ſiſtant ſe, condemnantur dilatione tamen ſententiæ facile impetrandâ, ſi quis eorum abſentiam

excuſet, ut ſpatium ſiſtendi ſe, reo detur. Imo illud ipſum Papinianus in *d. l. pen.* §. 1. *d. Publ. Jud.* diſertè inculcat. *Ad crimen*, inquit, *judicii Publici perſequendum fruſtra Procurator intervenit, multoque magis ad defendendum. Sed excuſationes abſentium ex Senatus conſulto judicibus allegantur: & ſi juſtam rationem habeant, ſententia differtur.* Quid igitur contrarium Ulpianus fidenter adeo quotidianâ Praxi receptum ſcribit. in noſtra *l.* 33. §. 2. Non poteſt fieri, ut duo coætanei Juriſconſulti in re tralatitiâ tam infeſti diſcrepent, ſuffragante inprimis Ulpiano Cæſaris auctoritate, qui in *l.* 3. *C. de Accuſat.* ita ſcribit; *Reos capitalium criminum abſentes, etiam per Procuratorem defendi leges publicorum Judiciorum permittunt.* Verba ſunt Alexandri cujus fuit Ulpianus Adſeſſor, qui proinde rem ordinarii juris & uſus ignorare non potuit. Dicamus igitur, Ulpianum & Alexandrum ejusdem Auditorii Rectores nihil aliud voluiſſe, quam abſentes per illos defendi poſſe, quoties publicorum judiciorum leges id fieri permittunt. Permittunt autem id fieri non regulariter, ſed quoties uſu venit, ut abſentes damnari queant *d. l.* 33. §. 2. Quod fieri poteſt, quando Reus è vinculis cauſam dicere non cogitur. Id autem remittitur, quando pœna relegatione minor eſt *l.* 5 *d. Pœn. junct. l.* 1. *An per alium cauſ. appell.* Item, quoties Proconſul, pro criminis, quod objicitur, qualitate, vel propter honorem, aut propter ampliſſimas facultates, vel pro innocentia perſonæ: vel pro qualitate ejus qui accuſatur Reum vel fidejuſſoribus, vel ſuæ promiſſioni committit. *l.* 1. *d. Cuſtod. reor.* Quominus enim tunc iis aliquando abeſſe & Procuratorem audiri fas ſit, etiam ad rationes innocentiæ explicandas, ut tamen ipſe Reus, ſi petatur, ſe judicio ſiſtere cogatur, neque tota cauſa Procuratori abſolute committenda ſit, nihil obſtare poteſt. Alii magis perplexantur. Vid. Matth. *d. lib.* 4. *Tit.* 13. *cap.* 4.

Ulpianus Lib. IX. ad Edict.

Item ait, ſi ſuſpectus tutor poſtuletur, defenſorem ejus oportere etiam de rato cavere: ne reverſus ille velit retractare, quod actum eſt. Sed non facilè per procuratorem quis ſuſpectus accuſabitur: quoniam famæ cauſa eſt: niſi conſtet ei à tutore mandatum nominatim: aut ſi, etiam abſente tutore, quaſi non defenderetur, prætor erat cogniturus l. 39. §. 7. *d. Procur.*

1. Singularis hic caſus eſt, quo defenſor, à quo exigitur Satisdatio judicatum ſolvi §. 5. *I. de Satiſdat.* etiam de rato cavere cogitur niſi Tutor qui nihil mandavit, nihil cavit, detrectet judicatum, pupilli cauſa pleno effectu deſtituetur, cum defenſor utique infamis fieri non poſſit, quam eſſe pœnam Accuſationis ſuſpecti notum eſt. Sed qui accuſatus per Procuratorem vel defenſorem cauſam egit, non fit infamis *l.* 6. §. 2. *d. His qui not. inf.* Ideo non facile permittitur alii ad quem res non pertinet accuſatum Tutorem defendere, ne pœna infamiæ eludatur. Ut tamen à jure tralatitio, quod in talibus cauſis Procuratorem dare permittit, *d. l.* 6. §. 2. non omnino excludatur ſi mandato ſpeciali procuratorem conſtituerit Tutor accuſatus; vel ſi prætor etiam abſente Tutore cauſa cogni-

Digitized by Google

cognitionem ex officio ſuſcepturus ſit. Tunc enim quominus cognitio quæ ſine ullo reo procederet, defenſorem admittat, nihil obſtare videtur.

2. Hæc eſt ſententia hujus §. Quem eſſe tam à ratione Juris alienum, ut totus inſcitiæ Triboniani imputandus & exponendus ſit, præter Ant. Fabrum nemini in mentem venit. Præcipua ejus ratio eſt in his verbis; *Sed non facile per Procuratorem quis ſuſpectus accuſabitur.* Quæ verba naturaliter ſignificent, Accuſatorem non poſſe dare Procuratorem, cum tamen agatur de reo, an is per alium ſe defendere poſſit: *Inepta igitur eſt hæc adnotatio*, inquit, *ac plane Triboniano digna*; ſed minime digna gravi Interprete res, adeo levi cauſa lacerare membra Corporis Juris. Verba *ſuſpectus accuſabitur* utique etiam reo conveniunt, etſi eum Haloandro non legamus, *excuſabitur*. Ergo additur, Per *Procuratorem*, quid vetat æque de reo accipere; non facile admittendum eſſe eum, qui rei cauſam agere velit? ut reſpectu Rei, id eſſe collocatum indicant ſequentia, *quoniam famæ cauſa eſt*. Aliud argumentum è verbis; *niſi conſtet ei à tutore mandatum nominatim*. Agitur in *hoc* §. de caſu, quo de rato cautio ſit neceſſaria, At hæc nunquam habet locum in caſu mandati ſpecialis. Reſponde, primam quæſtionem in *hoc* §. eſſe de rati cautione; ſecunda eſt, an qui ſuſpectus accuſatur tutor, alium qui cauſam agat, dare poſſit; Ad hanc pertinet limitatio, *niſi conſtet ei à tutore mandatum nominatim*, non ad priorem de Rato. Miretur aliquis, Fabrum non arguere, quod defenſor & Procurator hic promiſcuè ſumuntur, qui neſciat id eſſe frequens uſu Juris. Denique, ſi eum prætor abſente Tutore cauſam fuit cogniturus, defenſor admittitur, hunc de rato cavere debere, quemadmodum *à princ.* dictum eſt, exiſtimo, quo ſuppoſito cadit ultimum Fabri argumentum quod nulla ſit ratio, cur tunc à cautione de Rato defenſor liberetur: Nec enim id in *hoc* §. expreſſe vel tacite remitti animadverto.

Paulus Lib. 1. Manual.

Per procuratorem non ſemper adquirimus actiones, ſed retinemus: veluti ſi reum conveniat intra legitimum tempus: vel ſi prohibeat opus novum fieri, ut interdictum nobis utile ſit quod vi aut clam; *nam & hic priſtinum jus nobis conſervet. l. 72. d. Procurat.*

1. Quid hoc, *non ſemper*? An ergo regulariter acquiritur actio per Procuratorem? Ita videtur ex verbis *non ſemper* At verum eſt regulam eſſe contrariam *l.* 38. §. 17. *l* 126 §. 2. *d. V. O. l.* 1. *C. per quas perſon. l. 1. C. Si cert. pet.* Antonius Faber hæc verba *non ſemper* à Triboniano cenſet eſſe adjecta, quod Bachovius *ad h. t. in notis* approbat, etiam Wiſſembachius *Emblem. ad h. l. & l.* 11. §. 6. *d. Pign. act.* ubi & Cujacius, Balduinus, Giphanius ἐπαίνου citantur; ambo Fabri cenſores non minus acres, quam Faber eſt Triboniani. Ergo fateamur, quod res eſt, nec id Eunomiam onerat, duas voces è Juris Conditore, temperamenti & novi juris cauſa quod Imperator juſſerat, fuiſſe adſperſas. Sic enim volunt reſpexiſſe Tribonianum in hoc emblemate ad *l.* 2 *C. Per quas perſon. nob. acquir.* quæ primum ſtatuit, ut ex pacto & ſtipulatione Procuratoris hypotheca domino

Digitized by Google

domino acquiri poſſit, ſaltem eo caſu, quo ex ejuſdem contractu certi condictio ex Mutuo, quæ jam olim hoc jus habuit, naſcitur *l.* 9. §. 8. *d. Reb. Cred.* Ego tamen rogo lectorem ut conſideret hanc meam rationem in diverſum, jam antiquo jure, tot exceptiones hujus regulæ, *per alium actionem non acquiri* fuiſſe proditas, ut quidam ſcripſerint, referente Wiſſembachio *diſp. ad Inſt.* 33. *n.* 54. ſatius fuiſſe, regulam ita concipi, *licere in univerſum ex bono & æquo, alteri per alterum acquiri obligationem*, monuimus ſupra ad *l.* 17. §. 1. *h. t.* ubi & de procuratore plures habuimus exceptiones inprimis, quod ſtipulationes neceſſariæ & prætoriæ acquirantur per Procuratorem, de quo genere ſpecialiter in *l. h.* 27. agitur. Nihil juſtius ipſo jure veteri fuit, quam iſti hoc addere temperamentum, *non ſemper*. Aut ſi hoc tot exceptiones ipſumque genus illud ſtipulationum, de quo agitur in hac ipſa L. τὸ *non ſemper* ferre nequeant, an hoc unica illa exceptio nova, quæ eſt in *d. l.* 2. *Per quas perſon.* efficere potuit? Præſertim cum illa non ſit exceptio plane nova, ſed additamentum veteris. Nam ut intelleximus, olim condictio certi ex mutuo per Procuratorem, ſine ceſſione quæſita fuit *d. l.* 9. §. 8. Acceſſit tantum hypotheca in *l.* 2. Nulla ratio fert, ut hoc unicum vetuſti juris additamentum, cauſam emblemati dederit, cui tot alia antiqua non ſuffecerint. Ego ita exiſtimo; Illud, *non ſemper* eſſe tam naturale γνήσιον huic Textui quam aliud quicquam, pace maximorum Nominum.

Ulpianus Lib. VIII. ad Edict.

Illud notandum Pomponius ait, quod & Patris ſuffragium filio proderit, & filii Patri. l. 5. *Quod cujusque univerſ.*

Paulus Lib. IX. ad Edict.

Item eorum, qui in ejuſdem poteſtate ſunt; Quaſi decurio enim hoc dedit, non quaſi domeſtica perſona; Quod & in honorum petitione erit ſervandum, niſi Lex municipii vel perpetua conſuetudo prohibeat. l. 6. *eod. tit.*

1. Perverſa videtur hæc ſubtilitas, Pater decurio dedit filio ſuffragium, non ut domeſtica perſona, ſed ut decurio. Abſtractiones ejuſmodi philoſophis quam JurisConſultis digniores videntur; vel ſi utendum ſubtilitate, cur non ita potius incunt? Nemo ſe ipſum eligere poteſt *l.* 4. *d. Tutor. dat.* Pater autem & filius ſunt una perſona *l. ult. C. de Impub. & al. ſubſt.* Et vox tua tanquam filii vox eſt, ſimul & filii vox tanquam tua intelligitur. §. 4. *Inſt. de Inutil. ſtipulat.* Ergo Pater filium eligere non poteſt.

2. Non eſt magna difficultas. Unitas Patris & filii venit inde, quod filius olim nihil proprium, ac ita jus perſonæ in acquirendo non habebat, quemadmodum nec ſervus. Unde quicquid acquirebat, id Patri ſuo acquirebat. Hoc cum eſſet patrimoniale, conſequens fuit, ut hactenus unitas illa duntaxat obtineret, inter omnes eidem poteſtati ſubjectos; in publicis vero cauſis eadem ratio ceſſaret. *l.* 9. *d.*
Hîc

His qui ſui vel. al. jur. Non eſt igitur abſtracta ſubtilitas, quod Pater ſuffragium in ſyndicatu dans filio, id agere dicitur, non ut Pater ſed ut decurio; eſt civilis & realis diverſitas. Spectat enim hæc res, ad publicam non ad domeſticam rem. Decurionis eſt qualitas publica, patris vero domeſtica. Denique, naturalis inter Patrem & filium neceſſitudo, quæ tam publico, quam domeſtico reſpectu valet, in rebus ſæpè judicandis, ubi alteri parti injuria poteſt fieri, obſtat; in conferendis honoribus non attenditur; quia Pater meliori jure filio quam extraneo favet & benignè facit, ſine alterius injuriâ: Nec enim cui honos, ut bene merenti negatur, lædi ſe meritò putet.

Ulpianus Lib. x. ad Edictum.

Sicut municipum nomine actionem Prætor dedit, ita & adverſus eos juſtiſſime edicendum putavit. Sed & legato, qui in negotium publicum ſumptum fecit, puto dandam actionem in municipes l. 7. in pr. Quod cujusque univerſ. nom.

1. Cenſura Groenewegii *ad h. l.* Quod *univerſitati debetur*, ait, *ſingulis non debetur; nec quod debet univerſitas, ſinguli debent h. l. §. 1. Male igitur Legato, qui in negotium publicum ſumptum fecit, in ſingulos municipes actionem dandum putat Ulpianus hic.* Reſponſio ſimplex & recta, ni fallor, hæc eſt; Unde habet hic Cenſor, quod Ulpianus Legato ob ſumptus publicos actionem dat in ſingulos municipes? Per municipes enim ſimpliciter dictos, ut heic habetur, Univerſitas municipum intelligitur, non ſinguli municipes *l. 15. §. 1. Quod met. c. l. 2. h. & paſſim.* Ergo cum umbra ſua luctatur in re minime obſcura vel umbroſa.

Ulpianus Lib. x ad Edict.

Hoc Edictum neceſſarium eſt: quoniam magna utilitas abſentium verſatur, ne indefenſi rerum poſſeſſionem aut venditionem patiantur, vel pœnæ committendæ actionem, vel injuria rem ſuam amittant l. 1. d. Negot. geſt.

1. Sparſæ ſunt per omnem hunc titulum rationes, quibus Æquitas hujus Edicti & actionis inde oriundæ exponitur. Quo magis mirandum, quod Grotius ſcribit in *lib. 2. de jur. B. & P. c. x. n. 9. Actionem Negotiorum geſtorum habere nihil eorum, ex quibus natura obligationem inducit*, ideoque *mere utilem eſſe obligationem & actionem.* Quid enim validius ex æquitate naturali proferri poteſt, quam quod hic ab Ulpiano & in *l. ſequ.* à Gajo diſſeritur. *Et ſanè*, ait hic, *ſicut æquum eſt, ipſum*, qui alterius negotia geſſit, *actus ſui rationem reddere, & eo nomine condemnari, quicquid vel non, ut oportuit, geſſit vel ex his negotiis retinet: ita ex diverſo juſtum eſt, ſi utiliter geſſit, præſtari ei, quicquid eo nomine vel abeſt ei, vel abfuturum eſt l. 2. h.* Ecquod certius obligationis fundamentum eſt, quam Factum in alterius præjudicium aut utilitatem? Tu res abſentis ultro geſſiſti male, nonne culpa eſt immiſcere ſe rei ad ſe non pertinenti *l. 36. d. R. J.* & quæ poteſt eſſe jure naturæ ſufficiens obligatio, ſi hæc non eſt: Aut ſi bene geſſeris,

quid evidentius, quam expenſa tibi reddi? Pro *Grotio*; Nam Juris au&ore extra cenſuræ periculum colloco, duæ res adferri poſſunt. I. Non tam eum agere de Actione negotiorum geſtorum; quam de obligatione ad negotia gerenda. Hanc quidem eſſe probabilem ſed non neceſſariam, ut aliquis abſentium res non rogatus gerendas ſuſcipiat. Sed præter quod Grotius expreſſe de Actione deque negotiis geſtis, non gerendis loquitur, ſæpe tanta amicorum conjunctio, tam inexpectata abſentium pericula & neceſſitates incidunt, ut ſine perfidia vel contemptu neceſſitudinis, quam natura inter homines, nedum inter amicos conſtituit, qui poteſt ſuccurrere, negotio gerendo ſubducere ſe non poſſit. Altera pro Grotio ſit hæc ratio; Quod ſi neuter ſit locupletior è negotiis geſtis, cum deficiat conſenſus, obligatio naturalis non habeat fundamentum; ſi quis autem locupletior ſit, hunc Grotius jure naturæ obligari non negat. Ad hoc primo regeritur; ſi male per culpam geſta ſint negotia, non ceſſare profectò cauſam obligationis *arg. d. l. 36. d. R. J.* Si caſu fortuito non bene ceſſerint operæ impenſæque, ab Eventu ſuſpendere effectum obligationis, quæ ex facto re ſic poſtulante, contracta eſt, & negotiorum geſtorem teneri de caſu fortuito, periculumque tametſi nihil ipſi imputari poſſit, ab ipſo ferendum eſſe, quis æquitati convenire dicet? Plane, quominus hanc ſententiam Grotio minus conſiderate è calamo excidiſſe dicamus, nihil mihi venit in mentem. Nam quod adfert, nec civilem eſſe negotiorum geſtorum actionem ſed ex Edicto prætoris ſuppletam ſcilicet, hoc in diverſum valet; cum ſatis conſtet, Prætores in hoc maxime fuiſſe, ut quæ Juri civili ab antiqua brevitate deerant, ex æquitate ac utilitate publicâ ſupplerent.

Juſtinianus Auguſtus.

Sicut autem is qui utiliter geſſit negotia, dominum habet obligatum negotiorum geſtorum: ita & contra iſte quoque tenetur, ut adminiſtrationis reddat rationem. Quo caſu ad exactiſſimam quiſque diligentiam compellitur reddere rationem: Nec ſufficit, talem diligentiam adhibere, qualem ſuis rebus adhibere ſolet, ſi modo alius diligentior eo commodius adminiſtraturus eſſet negotia §. 1. *in fin. Inſt. de Oblig. ex quaſi contr.*

1. Iniquus & inutilis hic rigor, exigendi majorem à negotiorum geſtore diligentiam, quam vir bonus & diligens in propriis rebus adhibeat; comparatus ad deterrendos homines à rebus amicorum ſuorum abſentium magno promiſcuæ utilitatis detrimento, adminiſtrandis Objectio non ſpernenda primo auditu, ſed evaneſcens ad geminam rationem. Prima, quod is, qui non rogatus, ultro alienis rebus ſe miſcuit, amicitiæ cauſa majorem merito quam ſuis rebus curam adhibere debeat, quando & Mandatarius qui rogatus alienam rem adminiſtrandam ſuſcepit, ob amicitiæ ſanctitatem leviſſimam præſtat culpam *l. 21. C. Mand.* Abſolvit difficultatem altera ratio, quod ſi urgente neceſſitate quis abſentium negotia geſſerit, non niſi de latâ negligentia teneatur *l. 3. §. 9. d. Negot. geſt.* Qui autem abſque neceſſitate rebus alienis ultro ſe miſcet, neque ſuo, nec publicæ utilitatis reſpectu habet querendi cauſam *l. 36. d. R. J.* Ulpia-

Digitized by Google

Ulpianus eodem Lib. x. ad Edict.

Pupillus ſane ſi negotia geſſerit, poſt reſcriptum Divi Pii, etiam conveniri poteſt in id quod factus eſt locupletior, agendo autem compenſationem ejus, quod geſſit, patitur l. 3. §. 3. *d. Negot. geſt.*

1. Hunc locum, ita ut hic ſitus eſt, non poſſe conſiſtere, docet Cujacius in *lib.* 13. *Obſerv. c.* 7. Non adeò, quod Juris principiis adverſetur, ut pupillus aliena negotia gerendo obligetur, ut pote, quem ex facto ſuo obligari non poſſe certum ſit *l.* 46. *d. O. & A.* hac enim ratione non utitur, ſed quod ἀσυλλογία textus repugnet. Ulpianus enim Edictum Prætoris κατὰ πόδας, de verbo ad verbum interpretatur. Ait Prætor, *Si quis negotia alterius &c.* Hæc verba, *ſi quis*, ait Ulpianus, ſic accipienda ſunt, ut ſubintelligas, *ſive quæ.* Dein, *negotia*, ſic, ait, accipe, *ſive unum ſive plura.* Pergit ad verbum, *alterius*; hoc ad *utrumque ſexum refertur*, ut §. 3. In §. 4 continuare debet in exegeſi vocis *alterius*; ſicut in eâ pergit adhuc §. 5. ubi, *Et ſi furioſi negotia geſſerim.* Sed ut nunc legitur, in §. 4. relabitur Ulpianus ad explicationem verborum, *Si quis, Pupillus ſane ſi negotia geſſerit*; quam ἀμεθοδίαν non eſt veriſimile commiſiſſe Ulpianum. Hæc ſatis concinnè & κομψῶς Cujacius. Sed quia poſtulatum emendandi textum Pandectes Florentini eſt magnum valde, res vult, ut nec ea quæ nos vocare poſſint in contrarium, omittamus.

2. Et primò quidem non videtur ſufficere, ut pro *pupillus* legatur, *pupilli.* Sic enim non *deſcendit ad literam*, quæ eſt Accurſii prima emendationum nota, *Pupilli ſane ſi negotia* geſſerit. Addendum, ſi *quis* negotia geſſerit, hoc enim ἀπὸ κοινοῦ repetendi facultatem non habet, cum duo verſus, inde, ubi τὸ *quis* fuit ſitum, effluxerint; nec illud etiam remotum, *ſi quis* hic ſimplici repetitione contentum foret. Illa jam vero non tantum ἀλλοίωσις mutatio lectionis, ſed etiam πρόσθεσις *additio* foret, & μεῖζον αἴτημα, majus poſtulatum contineret. Dein, per emendationem, perſona nimis ſubito mutatur, quæ nunc ita eſt; *Pupillus ſi negotia geſſerit, conveniri poteſt* &c. Cujacius, Pupilli *ſi quis negotia geſſerit, conveniri poteſt*, non is qui geſſit, verum pupillus. hoc inexpectatum eſt. Dein ſequens verſus quomodo fluet? *Agendo autem, compenſationem ejus, quod geſſit, patitur.* De pupillo intellecta ſimplicem habent ſenſum; Pupillus ſi negotia geſſerit, conveniri & agere poteſt; conveniri, quatenus eſt locupletior: Agere, ut impenſas repetat ejus quod geſſit; aut ſi male geſſit, ac inde ſit locupletior, hactenus impenſas cum lucro ſuo compenſare debet. Quid autem Cujacius? Verborum Ulpiani, *Pupilli ſane ſi negotia geſſerit, conveniri poteſt in id, quod factus eſt locupletior, agendo autem compenſationem ejus, quod geſſit, patitur*, paraphraſin hanc edit; Si quis pupilli negotia geſſerit, pupillus in id quod factus eſt locupletior, conveniri poteſt: Si vero pupillus agat, non de eo quod ipſe geſſit, ſed de eo, quod alter geſſit, actione directa, patitur compenſationem eo nomine, quod alter ille geſſit. Hæc ſanè pro *verbis textus* non melius ad ſenſum, quam ad literam deſcendunt. Adeò quidem, ut Wiſſembachius noſter, qui vix

 unquam

unquam à Cujacio recedit, hac quidem in re; *Mihi vero*, inquit, *nec lectio illa Cujacii, nec interpretatio probatur*, *Comment. ad h. tit. in pr.* Ego, ut argumentum ab ἀσυνεχίᾳ textus non ſperno, ſi cum prioribus comparetur, ita connexionem ſenſus in *hoc ipſo* §. ſecundum emendationem probare non poſſum. Et malo credere, Ulpianum, collocando in §. *τὸ pupillus*, in caſu recto; in ſequente, *furioſi*, caſu gignendi, eo ſpectaſſe, ut primum ad verba Prætoris, *Si quis*, alterum ad vocem *alterius*, referri voluerit. Sane, quominus pupillus pubertati proximus, negotia gerere poſſit, hactenus, ut teneatur, quatenus eſt locupletior factus, nec ipſe quidem Cujacius negat.

Julian Lib. 3. Digeſtor.

Sed & ſi quis negotia mea geſſerit, non mea contemplatione, ſed ſui lucri causâ, Labeo ſcripſit, ſuum eum potius negotium quam meum negotium geſſiſſe; qui enim deprædandi causâ accedit, ſuo lucro, non meo commodo ſtudet. Sed nihilominus, immo magis & is tenebitur negotiorum geſtorum actione. Ipſe tamen ſi circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abeſt, quia improbè ad negotia mea acceſſit, ſed in quod ego locupletior factus ſum, habet contra me actionem. l. 6 §. 3. d. Negot. geſt.

1. Hic etiam textus vocatur in controverſiam, quaſi ex ratione Juris, ita ut hic ſitus eſt, conſiſtere non poſſit. Quod ſi pari elegantia, quâ Vir Cl. id demonſtrandum putavit, in *lib. 3. Probab. c. 9.* à nobis in diverſam partem adſeri non poterit, operam dabimus, ut ſalvâ veritatis teſſerâ, Julianum à Cenſurâ duntaxat vindicaſſe videamur. Vir Cl. ultima hujus textus verba ſic emendat & reſtituenda, ſaltem ita ſcribi debuiſſe, cenſet: *Ipſe tamen ſi circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abeſt, quia improbè ad negotia mea acceſſit, actionem, ſed in quod ego locupletior factus ſum, habet contra me retentionem, vel penſationem.* Res pendet ab argumenti pondere, quod exprimat hanc mutationem. Nam ſine illo ſi fuerit, habemus dictum vetus, nuſquam verius quam in adſerenda lectione Juris Florentinâ, τὸ ἀκίνητον ἄμεινον. *Nihil movere, optimum*, inprimis adeo notabiliter, ut hic fit, ἀλλοιοῦται καὶ προστίθεται

2. Argumentum, quo Vir Cl. movetur, ad hunc motum Lectionis Florentinæ, in ſummâ eſt hujuſmodi; Qui lucri ſui causa mea negotia geſſit, non habet actionem negotiorum geſtorum, contrariam ſcilicet, quâ contra me agat ad ſuam indemnitatem: Ne quidem ſi verè aliquid in res meas impenderit, contra me actionem habet in id quod ei abeſt. Ergo nec in id, quo locupletior ego inde ſim factus. Quia *negatâ actione in id, quod ei abeſt, propter improbitatem ſuam, contrariam ei actionem negari puta*, ait Vir Cl. *Verba enim hæc*, in id quod ei abeſt, *ſunt ex formulâ contrariæ actionis, uti Gajus in l. 2. & Javolenus in l. 28. h. t. de Neg. geſt. docent Unde, haud dubito*, concludit, *quin hic Scripturæ error ſit, & retentionem, aut penſationem, vel exceptionem auctor, quisquis is fuerit* Julianus an Ulpianus *ponere voluerit, ſaltem debuerit: Vox autem iſta, ACTIONEM, cum fuiſſet paulo ante inſerenda; deinde, ut fit inter ſcribendum, imprudenti & tantum non aliud cogitanti inciderit.* Satis præſens logus conjecturæ, quem ſi neceſſitas inevitabilis

tabilis non injungat nobis, admittere fas non ſit. Hæc neceſſitas mihi non videtur ineſſe in hoc argumento; Negatur malæ fidei geſtori actio in id quod ei abeſt, Ergo etiam negatur actio in id quo dominus eſt locupletior. Ne quidem ita licet; Negatur actio contraria negotiorum geſtorum Ergo nec actio in quod locupletior eſt alter, competit. Nam ſatis in Jure trita eſt hæc ſubordinatio poſitionum, Negatur actio; Datur actio in quod locupletior eſt. In Pupillum non datur condictio indebiti, hæc theſis abſolute ponitur in §. 1. *I. Quib. mod. re contrah.* In eundem pupillum datur condictio indebiti, quatenus eſt locupletior *l. 5. in pr. d. Auctor. Tut.* Heres non tenetur è delictis actione pœnali, quæ eſt certiſſima & abſoluta Juris regula in §. 1. *I. de Perpet. & tempor. act.* Idem tamen tenetur è delictis, actionibus etiam pœnalibus, quatenus eſt locupletior *l. 5. in pr. d. Columniat. & paſſim.* Nihilo magis pugnant hæ Poſitiones; Qui lucri causâ res meas geſſit, non habet actionem negotiorum geſtorum Rurſus, idem habet actionem in id quo ſum locupletior. Multo minus pugnant hæ theſes; Non habet actionem in *id quod ei abeſt*, habet in *id quo ſum locupletior*; ut Poſitiones hic ſitæ ſunt, ex quibus, ſi legeretur Florentiæ, *exceptionem*, ego prope legendum putarem, *actionem.* Sed nihil occupo κατ' ἀνάλυσις. Sufficit, Juliano integritatem adſeruiſſe, quod agimus.

3. Eſt aliud argumentum Viri Cl. quod an ſatis adſequar, neſcio. *Hæc eo magis cenſeo*, inquit, emendandum eſſe, ita ut præſcripſit, *quia formula iſta, in quod ego LOCUPLETIOR factus ſum, non tantum ad exceptionem aut retentionem, ſed ad indebiti quoque condictionem accommodari ſolet*, uti ex *l. 8. §. 22. d. Transact. cum ſimilibus* liquet. Atqui condictio indebiti eſt actio, Proinde, ſi iſta formula condictionem ſignificat, nihil vetat ACTIONEM in textu retineri. Sed propius argumentum admovet intentioni ſuæ Vir Cl. in ſequentibus: Solet & actioni negotiorum geſtorum, ſive ea directa, ſive contraria ſit, adjici iſta formula in *quod ego ſum Locupletior*, ſed unâ in ſpecie, quæ in *l. 37. D. & l. 2. C de Negot. geſt.* atque ad hanc fere ex reſcripto Divi Pii, ſingulari jure *l. 3. § 3 l. 34. D. eod. tit.* Hæc igitur eſt ratio; Super eo quod locupletior aliquis eſt factus, aut condictio datur indebiti, aut negotiorum geſtorum jure ſingulari, contra pupillos ex reſcripto Divi Pii *ad ll.* Sed in cauſam hujus textus non convenit indebiti Condictio, nec ille caſus ſingularis ibi extat. Ergo, quæ actio in id quo locupletior aliquis factus eſt, datur, hic non habet locum; Ac ideo perperam actionis hic fit mentio, cujus erroris ipſum JCtum, an librarium inſimulet, ambigit Vir Cl. cum ſi Julianus erraverit, non hæc emendatio fuerit ſcripturæ ſed correctio & cenſura juris conditi.

4 Ego vero ita exiſtimo; Actionem in id quo locupletior eſt is, cujus negotia ab alio proprii lucri causâ geſta ſunt, eſſe ipſam & eſſe debere negotiorum geſtorum actionem; nec eſſe juris ſingularis, quod in locis ſuprà citatis de pupillis adfirmatur, quia naturalis æquitas jubet, ne quis cum alienâ jactura fiat locupletior *l. 14. d. Condict. indeb.* Fieret autem locupletior, ſi conveniri non poſſet, quia compenſandi & per exceptionem ſervandi occaſio fortuita eſt. Nec fuit hoc novum, quod Divus Pius conſtituit, niſi quod dubium de pupillis ſuſtulit in *l 5. d. Auctor. Tut.* Alios enim qui locupletiores ex alieno ſunt, teneri, nulla dubitatio fuit *l. 66. d. Condict. indeb. l. 206. d. R. J.* Quod ſi

 res

res ea non eſſet ordinarii juris, adverſus pupillos danda fuiſſet condictio ex Lege; per *l. un d. Condict. ex L.* Sed ex eo quod contra pupillos ex ipſo negotio quod agitur, actio datur in caſum, ſi locupletior ſit, ut ipſe Vir Cl. probat, quæ alioqui negaretur in eodem; ſatis intelligitur, idem in omnibus æqui juris eſſe, ut, quo caſu actio quædam adverſus eos negatur, eadem tamen, utiliter ſaltem, obtineat, ſi locupletiores ſint, quemadmodum ipſæ inquam, actiones è delicto; quæ fortiſſimè negantur adverſus heredes, in hos ipſos tamen dantur, quatenus ad eos pervenit *d. l. 5. in pr. d. Calumniat.* Nihil igitur cauſæ eſt, quominus in hac noſtrâ *l. 6. §. 3.* Dominus, cujus negotia ab alio propriâ contemplatione geſta ſunt, cum ipſe directam negotiorum geſtorum habeat, alteri viciſſim in quod locupletior eſt teneatur actione contrariâ.

5. Vir Cl. adducit aliquot textus, in quibus ne quidem bonæ fidei Poſſeſſores habent actionem, ſed tantum retentionem; Unde *cedo*, ait, *ecquid cauſæ ſit, cur huic permiſſuros actionem arbitremur, quem ne illi quidem permittunt, quem alioquin juſta fides tuetur*? Hic quidem locus non fert, ut omnes illos textus excutiamus; At ſi cui vacet, illorum argumenta conſiderare, videbit, omne principium in illis agendi deficere; Sunt autem ſequentes; *l. 33 d. Condict indeb. l. 15. d. Dol. mal. & met. except. l. 15. §. 1. Comm. divid. l. 27. § 5. & l. 48. d. R Vind. l. 38 & l. 39. de Hered. petit. l. 45. §. 1. d. action. empt* §. 30. *Inſt. de Rer. diviſ.* Verum in hac ſpecie negotium alienum eſt geſtum, ex quo directam actionem dari non negatur, & huic contrariam facile adjungi, relatio illarum actionum mutua nemini ambiguum vel obſcurum eſſe patitur. Nimis igitur magnum videtur eſſe poſtulatum Viri Cl. *Litem hanc* olim in illis textibus, qui nihil habent ſimile, *deciſam fuiſſe; ne quis hodie contrariam actionem negotiorum geſtorum aut condictionem indebiti formula iſta*, in quod ego locupletior factus ſum, *hic indigitari crederet*. Nam de condictione indebiti, facile concedimus Viro Cl. illam in hoc textu intelligi non poſſe; quia negotiorum geſtor nihil Domino ſolviſſe dicitur, Verum ſicut pupilli, quorum negotia geſta ſunt, non tenentur actione negotiorum geſtorum, attamen eâdem tenentur, ſi locupletiores facti ſunt *l. 3. §. 4 l. 6. in pr. l 37. D. & l. 2. C. h. t.* ita majores pupillis, quorum negotia geſta ſunt, in caſu, quo non tenentur actione negotiorum, tamen eâdem teneri debent, ſi locupletiores ſint; quia naturalis & civilis ratio obligationis & actionis eadem eſt in pupillis & non pupillis *d. l. 14 & 46. d. Condict. indeb.*

Julianus Lib. 3. Digeſt.

Item quæritur apud Pedium libro ſeptimo, Si Tititum quaſi debitorem tuum extra judicium admonuero & is mihi ſolverit, cum debitor non eſſet: tuque poſtea cognoveris & ratum habueris; an negotiorum geſtorum actione me poſſis convenire, & ait dubitari poſſe; quia nullum negotium tuum geſtum eſt, cum debitor tuus non fuerit: ſed ratihabitio, inquit, fecit tuum negotium, & ſicut ei, à quo exactum eſt, adverſus eum datur repetitio, quia ratum habuit: ita & ipſi debebit poſt ratihabitionem adverſus me competere actio, ſic ratihabitio conſtituet tuum negotium,

tium, quod ab initio tuum non erat, ſed tua contemplatione geſtum. l. 6. §. 9. d. Negot. geſt.

1. Hic locus aliquanto plus difficultatis, quam in præcedente fuit, exhibere videtur. Bernardus Autumnus *in Cenſura gallicâ* ad *hunc locum*, non ſine ratione videtur contendere, eum, qui quod mihi non debebat, ſolvit tibi, dum meo quaſi creditoris nomine pecuniam exegiſti, habere condictionem indebiti adverſus te, cui ſolvit, cum quo negotium eſt contractum *l. 2. in fin. pr. d. Condict. indeb.* Ego vero, cum mea nihil interſit, contra te actionem non habeo, nec tu contra me. Ratihabitio mea non poteſt mutare quod actum eſt, nec meus conſenſus efficere, ut negotium fiat meum, quod plane à me eſt alienum. Idque longe ſimplicius videtur, quam dicere, per ratihabitionem exactionis indebitæ pecuniæ, primo naſci actionem negotiorum geſtorum inter te & me; dein qui ſolvit, ei dari condictionem indebiti adverſus me, qui nihil cum eo contraxi.

2. Sed ratio Juris eſt, quod condictio indebiti detur ſolventi adverſus dominum, qui ratam habuit ſolutionem, licet ei non ſolverit; ceſſante verò ratihabitione condicendum eſt ei tantum, qui accepit *l. 6. §. ult. d. Condict. indeb. l. 80. §. 5. d. Furt.* Quamvis enim negotium domini ab initio non fuerit, quia tamen ejus contemplatione geſtum erat, ab eoque dein agnitum & approbatum eſt, non poteſt res ad eum non pertinere, ſiquidem è factis, hominumque voluntatibus obligationum cauſas oriri manifeſtum eſt. Quod autem condictio detur ſolventi, adverſus me, quicum nihil egit, ejus rei ratio eſſe videtur, quod hæc actio non oritur è contractu, ſed quaſi è contractu & ex re, hoc ipſo quod aliquis accepit pecuniam, etſi non immediate ab eo qui ſolvit § 1. *I. de Obl. quæ re contr.* & §. 6. *I. de Obl. ex qu. contr.* Obiter addendum, quod Ratihabitio Mandato comparatur & actionem Mandati parit *l. 60. d. R. J.* habere locum, ſi negotium ab initio proprium fuit ejus, qui non mandavit initio, ſed ratum habuit deinceps, quod addi poteſt dictis in Præl. ad *h. t. in fin.*

Paulus Lib: IX. ad Edict.

Tantundem in bonæ fidei judiciis officium judicis valet, quantum in ſtipulationibus nominatim ejus rei facta interrogatio. l. 7. d. Negot geſt.

Iuſtinianus Auguſtus.

Actionum autem quædam bonæ fidei ſunt, quædam ſtricti juris. §. 28. Inſt. de Act.

1 AMESIUS *Libr. 5. de Conſcient. c. 42. n. 21* & 22. Forma interna contractus legitimi eſt bona fides, *ait*, qua quis ſyncerè intendit, ſemet ipſum obligare ad illud præſtandum, quod præ ſe fert, idemque quantum in ſe eſt præſtare. Ratio eſt, quia contractus includit conſenſum promiſſorium; Promiſſio autem

eſt

Digitized by Google

eſt teſtimonium, quo quis fidem ſuam obligat ad fidem alteri faciendam de hoc aut illud præſtando; atque adeo, ut ſit vera & ſyncera, internè ac eſſentialiter exigit fidem bonam contrahentis. Hinc diviſio illa contractuum, quâ alii dicuntur eſſe bonæ fidei & alii ſtricti juris, non eſt accurata, neque locum habet in foro Conſcientiæ & coram Deo; Bona enim fides in omnibus contractibus requiritur, ac quia in illa præcipua pars Naturæ contractuum conſiſtit, ex illâ & ſecundum illam, quatenus liquere poteſt, judicium eſt ferendum. In omnibus igitur contractibus procedendum eſt ex æquo & bono: potius quam ex verbis & ſummo juris rigore, in quo ſumma ſæpe injuria continetur. *Hactenus Ameſius.* De cujus Cenſura Wiſſembachius noſter *diſp. ad Inſt.* 45 *n.* 54. ita loquitur. *Ameſius diviſionem illam contractuum negat habere locum in foro Conſcientiæ & coram Deo. Sed ignoſcendum Theologo, qui quod non didicerat, obelo confodere properavit. Norunt vel tyrones, bonam fidem hic non opponi dolo malo, ut ſynceritatem, candorem, ingenuitatem ſignificet, ſed adſtrictæ Judicis poteſtati, qui intra ſepta conventionis ſe continet.*

2. Non male, quod ad ſummam rei, Wiſſembachius; obſcurius tamen, quam ut Theologis Juriſque imperitis ſatisfiat; Quod ad illos convincendos opus eſt, & fieri poſſe debet, in arte populari ſenſuque maxime communi ſubnixâ. Quid hoc eſt, bona fides hic non opponitur dolo, neque ſignificat ſynceritatem & ingenuitatem? Imo bona fides ita ſemper accipitur, & heic nominatim, ita ut Auguſtus apud Suetonium dixit Populo Rom. *ſe bonæ fidei* eſſe, promiſſorum memorem & ſervantem; quæ dicitur integra fides in *l* 1. *C. de Suffrag.* Syncera fides *l.* 2. *C. Si Prop. perſ. publ* & mera fides in *l.* 19. *C. de Teſtib.* Hæc bona, integra, ſyncera fides in omnibus eſt ſervanda contractibus, ut disertà profitentur Cæſares in *l* 4. *C. de Oblig. & act.* Quur igitur in hac diviſione tribuitur id uni contractuum ſpeciei? Fit hoc per excellentiam, eo quod aliqui contractus ex ſua natura pleniores, atque, ut Joh. Faber olim dixit, effreniores habent effectus fidei bonæ, quam aliis adſcribi poteſt, ſine ulla injuſtitia. Ubique bona fides adhibenda, ſed ubi hæc eſt effuſior, ibi regnat *bonæ fidei* appellatio. Ubi pro natura negotii ſtrictior eſt, ibi à ſtricto jure potius quam à bona fide, quæ tamen non abeſt, appellatio petitur, ut oppoſitio terminorum Artis ſibi conſtet. Exemplo res fiet clarior; Agrum tibi vendidi & tradidi; pretium non ſolviſti; Teneris mihi ad pretium & uſuras, etſi non promiſſas tempore traditionis, ex bona fide; quia fructus ex agro percepiſti. Bona fides heic etiam opponitur dolo; Nam ſi tu fructus retinere nec uſuras ſolvere velis, dolum malum committis. Rurſus, mutuo tibi dedi mille Carolinos, ſtipulatus uſuras, Tu non reddis eos, etſi monitus, Judex te condemnabit, ſed abſque uſuris etſi lucrum de pecunia mea feceris; quia mutuum eſt contractus beneficus, in quo uſura ſine conventione ſpeciali non debetur. Hoc ipſe, credo, diſcrimen, Ameſius non diceret æquitati & juri conſcientiæ adverſari. Apud emptionem venditionem ſpectatur in uſuris bona fides: In mutuo, ſtrictum jus. Imo utrobique bona fides, ſed ibi plenior, hic reſtrictior. Ita placuit, omnes mutuæ præſtationis Contractus eſſe *bonæ fidei* plenioris, ut etiam non promiſſa præſtentur. In cæteris ab una parte obligatoriis bona fides reſtringitur ad conventionem partium. Hoc quod excedit conventionem, in utrimque obliga-

toris ex bono & æquo judex *officio ſuo* quod in aliis contractibus natura negotii non patitur, injungit partibus, ut Paulus in *l. 7. heic* præſcripta loquitur. Idque debetur æque valide, quam in ſtrictis ea, de quibus ſpecialiter convenit, ut idem docet. Appellatio bonæ fidei quibuſdam præ aliis contractibus hæſit inde, quod Prætor, in formulis actionum, quæ movebantur è contractibus mutuæ præſtationis, adjicere ſolebat hæc verba, *ex bona fide*, vel, *inter bonos bene agier*, aut *ex bono & æquo*. Inde proruum fuit, ejuſmodi actiones uſu forenſi appellare, bonæ fidei; In quibus judex vi formulæ Prætoris habebat liberam poteſtatem æſtimandi, quid alter alteri, etiam ultra quam convenerat, ex bono & æquo, naturæ negotii convenienter, dare, præſtare deberet. In quibus autem Judex ejuſmodi laxitatem arbitrandi non habebat, ſed ubi vel Prætoris vel partium verbis adſtrictus erat, hæ ſtricti juris appellatæ ſunt, quod eſt illud ipſum à D. Willembachio conciſius dictum *ſuperius*.

3. Apparet igitur, Ameſium, duobus, in opinionis errorem præjudiciis adductum fuiſſe; Primo, quod in contractibus ſtricti Juris ex mente JurisCtorum non habeat locum bona fides; quod aliter ſe habere jam ſatis liquet. Neque minus ſtipulatio & mutuum bona fide conſtant, eò quod alii contractus bonæ fidei dicantur; quam Heſiodus aut Ovidius Poëtæ non ſint, quia Homerus & Virgilius κατ' ἐξοχὴν Poëtæ nuncupantur. Alterum Ameſii præjudicium fuit, quod ſtrictum jus in hac diviſione putavit eodem modo ſumi, quo ſumitur in oppoſitione ad æquitatem, pro captatione verborum Legis & ſummo jure, quam ſummæ injuriæ locum habere ſæpe compertum eſt. Cum heic ſtrictum jus nihil ſit aliud, quam reſtrictio præſtationum ad terminos conventionis à partibus fixos. D. Wiſſembach in *d. th. 54.* Theophilum interpretem Græcum ejuſdem erroris inſimulat, eo quod actiones ſtrictas definiat in *paraphr. §. 31. I. de Action.* ἐπὶ τῶν στρικτῶν ἡ ἀκριβείας αὐτῆς γίνεται λόγος. Quibus verbis ſignificatur, ait D. Wiſſembach, in his actionibus obſervari τὸ ἀκριβοδίκαιον, *ſtrictum ſive ſummum jus*: Sed ego Theophilum magis abſolvendum puto; Nam aliud eſt ἀκρίβεια, & aliud τὸ ἀκριβοδίκαιον. Hoc enim eſt ſtrictum ſive ſummum jus & captatorium: Sed ἀκρίβεια nihil quam *exactitudinem* ſignificat, cujus rationem in ſtrictis judiciis haberi tradit Theophilus, quo nihil eſt verius & rectius. Nam iſtis Judex egredi non poteſt terminos conventionis à partibus initæ, aut formulæ à Prætore præſcriptæ, ſed eos ἀκριβῶς exacte ſervare debet, quod à Theophilo inculcatum eſt. Cenſuram Ameſii patet hactenus eſſe erroneam.

4. In qua tamen quod incredibile videatur, ſocium habet JurisConſultum non vulgarem Joh. Imbertum, in *Enchiridio, T. de Evict.* qui de hac diviſione agens: *Differentia*, inquit, *inter judicia bonæ fidei & ſtricti juris, quæ à Juriſconſultis nondum inſtitutis ſacro ſanctæ religionis noſtræ Chriſtianæ initiatis, conſtituta eſt, non debet inter nos, qui ſumma hac perſuaſione & fide perfectiſſima ſumus imbuti, valere. Omnes enim contractus & actiones uno ordine apud nos debent haberi, ut in iis dolus & fraus omnis abſit. Nec diſtinctio adhibenda eſt, an ſtricti juris ſint, an bonæ fidei. In cunctis ſi quidem bona fides debet exuberare, quamvis alii aliis ſint minus frequentes, nam in frequentia tota hujus differentiæ ratio poſita eſt.* Ad hæc Imberti ſic eſt habendum. Non pendet hujus ratio diſtinctionis ab arcanis Chriſtianæ religionis,

gionis; ſed à dictamine rectæ rationis & uſus civilis. Malam fidem & dolum juris Romani conditores ſatis ſevere coërcent, & cum utilitate publica ſapientiſſime comparaverunt. A contractuum ingenio & diſcrepantia negotiorum, non à ſimplici æſtimatione malæ fidei, ut è ſupra dictis patet, hæc res pendet. Si autem bonam fidem æque plenos in omnibus effectus habere velit Imbertus, non ſatis perpendit diverſam contractuum naturam. Mutuum eſt contractus beneficus, Emptio venditio commutatorius. Non id egere partes, etſi utrobique bona fides exacte ſervanda ſit, ut pares in utroque ſint præſtationes, idemque in cæteris obtinet. Fallitur etiam, quod diverſitas harum ſpecierum à ſola contractuum frequentia pendeat. Nam ſtipulatio & emptio venditio ſunt contractus æqualiter frequentes; nec mutuum frequentia cedit depoſito, & tamen quidam ex iis ſunt bonæ fidei, quidam ſtricti juris; nominatim Stipulatio, quæ frequentia ſuperabat omnes contractus. Quod ait, in cunctis bonam fidem exuberare debere, ſimpliciter concedimus: Comparate, quod bonæ fidei effectus ubique debeant æqualiter etiam ultra quam partes convenerint, obtinere negotiorum natura non patitur. Imo recte dixeris, non eſſe verum, quod bona fides exigat in Mutuo, ut uſuræ, de quibus non convenit, præſtentur. Veteres ita putarunt, & rectè, Bonam fidem exigere, ne quis beneficium poſtulet eſſe mercenarium; δανείζειν μηδὲν ἀπελπίζοντας, *mutuum dare ſine ſpe lucri*, id eſt bonæ fidei, ut Chriſtus dominus dixit. Fœnus exigere non promiſſum ab eo cui ſubvenias; hoc ſit contra bonam fidem. Ac ideo ſtrictum jus per quod uſuræ non promiſſæ peti nequeunt, ipſi bonæ fidei ſervit, eamque conſervat. Imbertus rem minus exacte putavit, Canonice magis quam Νομικῶς.

Ulpianus Lib. x. ad Edict.

Si autem is fuit, qui negotia adminiſtravit, à quo mandatum non exigebatur: poſſe ei imputari, cur, oblata de rato cautione, eum non convenit; ſi modo facile ei fuerit ſatiſdare, certe in ſua perſona indubitatum eſt, & ideo ſi ex cauſa fuit obligatus, quæ certo tempore finiebatur, & tempore liberatus eſt: nihilo minus negotiorum geſtorum actione erit obligatus. Idem erit dicendum & in ea cauſa, ex qua heres non tenetur, ut Marcellus ſcribit. l.8. in pr. D. Negot. geſt.

1. Contra æquitatem hujus loci diſputat Anton. Faber in *Rational. hic.* Et quia nihil audere ſe profeſſus eſt adverſus Auctores Juris antiquos, in Tribonianum faba cuditur, vel ſi dicendum quod res eſt, per Triboniani latus irrumpetur Ulpianum. Nec enim perſuadere mihi poſſum hominem ingenioſum vere in animum induxiſſe, Tribonianum fuiſſe auctorem tot mutationum & additionum, quas identidem illi imputat. Hæc præſens ita impugnatur, ut Bachovius aliquanto magis merito ſuum *impudenter*, quam plerumque facit, ingeminaret. Julianus in *l. 6. §. ult.* docuit ita; Si negotiorum geſtor quædam abſentis amici negotia geſſerit, quædam non geſſerit, cum de neglectis teneri, ſi talia fuerint, quæ vir diligens non omiſiſſet, maxime, ſi alius contemplatione ejus qui communis amici negotia ſuſceperat, non acceſſerit ad ea quibus hic ſuperſedit.

ſedit. Verum ſi omiſſio conſiſtat in eo, quod actionem adverſus abſentis amici debitorem non inſtituerit, hoc ei non imputatur, quia non potuit hoc facere ſine mandato, quod deeſt negotiorum geſtori. Subjungitur in *hoc pr.* Si talis perſona ſit negotiorum geſtor, quæ ſine mandato agere potuit, ut conceſſum eſt propinquis *l. 35. in pr. d. Procur.* cum in ea ceſſet ratio ſuperior, illum ex ea quoque teneri, quod debitores abſentis amici non convenit, hoc tamen temperamento; quia propinqui ſine mandato agere volentes de rato cavere debent, ſi facile potuit invenire fidejuſſorem; Nam ſi hoc ei difficile fuerit, nemo hactenus illum negligentiæ accuſandum putabit. Quid æquius aut melius connexum à civilis ſapientiæ magiſtro dictari poſſet? Et tamen hanc ſententiam Faber iniquitatis accuſat & quod intolerandum, de corpore Juris expungendam exiſtimat. Alius meliore merito ejuſmodi cenſores è numero Juris Interpretum delendos exiſtimaret, qui Artem civilem cui omnia debent, tam indigne & inciviliter tractant. Quid ille; cur delet hujus pr. verba uſque ad verſum *Et ideo*? Cavilla ſunt, nihil aliud; verboſa, quibus operoſe refellendis crucem me lectori poſiturum exiſtimo. Omiſſio tum demum imputari poteſt, *ait*, ſi alius propter negotiorum geſtorem non acceſſerit, ad omiſſa illa gerenda; ut hoc dici queat; iſte alius etiam deberet eſſe propinquus in quo mandatum ad agendum non requireretur. Quod hic non eſt expreſſum. Et ſi maximè talis fuerit, tamen exigi non poteſt, ut negotiorum geſtor ad abſentis res, curandas, fidejuſſorem conquirat. Reſponde; Non eſſe hanc conditionem præciſe neceſſariam, *ſi contemplatione negotiorum geſtoris alius non acceſſerit*; Eſt ratio, quæ deciſionem adjuvat. Præcipua & adæquata ratio eſt, *ſi vir diligens*, hoc quod negotiorum geſtor omiſit, *etiam geſturus* fuit. Imò Negotiorum geſtor tenetur ad exactiſſimam diligentiam; Nec ſufficit eum adhibere talem diligentiam, qualem ſuis rebus adhibere ſolet: Tenetur de omni eo, quod alius diligentior eo commodius adminiſtrare potuiſſet §. 1. *in fin. d. Oblig. ex qu. contr.* Tam exquiſitæ diligentiæ, quam lex à negotiorum geſtore exigit, minimè ſatisfit, ſi cum poſſet actionem inſtituere contra debitorem abſentis, & in promptu haberet cautionem de rato, quâ Mandati defectum ſuppleret, id tamen omiſerit. Eſt tamen argumentum, quod forte ſperni nequeat, cum, qui aliena negotia gerit, non ob id cogendum eſſe alia gerere, ne quidem ea, quæ ſine ullo ſuo incommodo gerere potuit. *Nam ſiquis ultro negotium alienum geſſerit*, huic *ſatis abundeque ſufficit, vel in una ſpecie per ſuum laborem, amico conſulere*, quod eſt etiam in *l. 10. C. h. t. Satis abundeque ſufficit, ſi cui vel in paucis amici labore conſulatur.* Negotiorum geſtori *propria voluntas finem adminiſtrationis facit.* Sed hoc argumentum non tam eſt contra *hoc princ.* quam adverſus *l. 6. §. ult.* ubi traditur id, quod diximus, Negotiorum geſtorem etiam ob ea quo non geſſit teneri; quem tamen locum relinquit expertem cenſuræ magiſter noſter. Dicendum igitur, Negotiorum geſtorem certè non teneri ad alia gerenda, quam quæ ſuſcepit, ſi primo rei tantum particulari ſe applicuit. Verum ſi vel cuncta abſentis amici negotia ſuſceperit, vel certum genus negotiorum, quod multas habebat ſpecies, ut negotiationem ſagariam vel lintcariam; hæc demum eſt ſubjecta materia hujus Quæſtionis, cui textus iſti nihil obſtant. Aliter Bachovius *in Protis ad h. t. c. 5. n. 3.*

 Deni-

Digitized by Google

Denique non omnino adſeverate, ſed dubitanter in *hoc pr.* loqui Auctorem arguit immerito Faber, cum nihil antiquis Juriſconſultis magis eſſe familiare conſtet innumerabilibus exemplis.

Ulpianus Lib. IX. ad Edictum.

Item, ſi fundum tuum vel Civitatis per obreptionem petiero, negotium tuum vel Civitatis gerens, & ampliores quam oportet, fructus fuero conſecutus; debebo hoc ipſum tibi vel Reipubl. præſtare, licet petere non potuerim. l. 8. §. 1. d. Negot. geſt.

1. Bernardus Autumnus in *Cenſ. Gall. ad hunc l. Hæc ſententia,* inquit, *Ulpiani iniquitatem habet, quia ex Juris Præcepto ſuum cuique tribuere oportet: Fructus ergo qui non debebantur, geſtor reſtituere tenetur ei, à quo exacti ſunt, non domino negotiorum vel Reipubl.* applicans huc inter alia argumentum *l. 31. §. 1. Depoſ.* ubi Tryphoninus; *Probo,* inquit, *hanc eſſe juſtitiam, quæ ſuum cuique ita tribuit, ut non diſtrahatur ab ullius perſonæ juſtiore repetitione.* E quibus ipſis verbis ſolutio reſultat. Si veniat ille, cui negotiorum geſtor per obreptionem aliquid abſtulit, huic potius quam domino reſtituendum eſſe quod ablatum eſt, ratio dictat, neque id in hoc textu negatur. Illo non veniente, negotiorum geſtor, qui nihil ſuo nomine petiit, nihil retinere, ſed domino cujus negotia geſſit & cujus nomine fructus percepit reſtituere debet, non modo, quod jure, ſed etiam quod nullo jure conſequutus eſt *l. 2. ſub. fin. l. 23. d. Negot. geſt. l. 46. §. 4. d. Procurat. d. l. 31. verſ. Quod ſi ego. Depoſ.* eaque eſt hujus loci ſententia, nihil habens iniquitatis. Dominus viciſſim ei, qui non debitum ſolvit, tenetur, ut dictum *ſuprà ad l. 6. § 9. h. t.* Plane, quominus ultro negotiorum geſtor quod indebite exegit, ei cui abſtulit, in continenti reſtituat, nihil obſtare putem: quia dominus exigendi jus non habet ab illo tertio *h. l. 8. §. 1. inf.* Eadem Cenſura Autumni eademque reſponſio ad *l. 23. h. t.*

Paulus Lib. IX. ad Edict.

Debitor meus, qui mihi quinquaginta debebat, deceſſit. hujus hereditatis curationem ſuſcepi: & impendi decem. deinde redacta ex venditione rei hereditariæ centum in arca repoſui. hæc ſine culpa mea perierunt, quæſitum eſt, an ab herede, qui quandoque extitiſſet, vel creditam pecuniam quinquaginta petere poſſim, vel decem, quæ impendi. Julianus ſcribit, in eo verti quæſtionem; ut animadvertamus, an juſtam cauſam habuerim deponendorum centum. Nam ſi debuerim & mihi, & ceteris hereditariis creditoribus ſolvere: periculum non ſolum ſexaginta, ſed & reliquorum quadraginta (milium) me præſtaturum; decem tamen, quæ impenderim retenturum, id eſt ſola nonaginta reſtituenda: ſi vero juſta cauſa fuerit, propter quam integra centum cuſtodirentur; veluti ſi periculum erat, ne prædia in publicum committerentur, ne pœna trajecticiæ pecuniæ augeretur, aut ex compromiſſo committeretur: non ſolum decem, quæ in hereditaria negotia impenderim, ſed etiam quinquaginta, quæ mihi debita ſunt, ab herede me conſequi poſſe. l. 13. in pr. d. Negot. geſt.

1. Hanc

1. Hanc legem manu imperiti Interpretis (aliquando enim Triboniano parcit,) eſſe corruptam & ſuffartam Cenſet Anton. Faber. Videamus, an commodum inde ſenſum elicere poſſimus, ut de cenſura melius arbitremur. Hereditatem Titii creditor ejus 50 millium, adminiſtravit. Res hereditarias vendidit, decem expendit, centum millia quibus debita hereditaria exſolvere poterat, in arca repoſuit, quæ dein perierunt, ſine culpa quidem ſuâ; Sed imputatur ei culpa reponendi pecuniam in arca, quam erogare debuiſſet. De centum illis ſexaginta ipſi competebant, 50 crediti veteris, & decem impenſæ. Cum igitur centum ob culpam ejus ſint periculo, non tantum illa 60 non recuperat; ſed & 40 reſtituit. Eſt tamen alia cauſa creditorum veterum, alia impenſarum. Has enim ex officio cum fecerit, ſervare poteſt, & deducit antequam ab heredibus aut à creditoribus excuti poſſit; Ut tantum his *nonaginta* reſtituat; è quibus ſibi quinquaginta crediti ſui imputat & retinet. Faber opponit, decem quæ impenſa fuerunt, ejuſdem eſſe naturæ cum cæteris 50, idque Paulum indicare in his verbis; *periculum non ſolum ſexaginta.* Reſp. diverſam eſſe rationem ꝟ decem expenſorum, à 50 crediti, indicatur in *fine L.* his verbis, *non ſolum decem quæ in hereditaria negotia impenderim ſed etiam 50, quæ mihi debita ſunt, ab herede me conſequi poſſe.* Prius autem ſub una complexione ꝟ *ſexaginta* contracta ſunt, quia dicere voluit, illum qui de centum repoſitis teneretur, multo magis de 60 periclitari. Hoc primum in globo poſitum, dein ſeparatur & ad liquidem deducitur. Adde Bachov. *ad h. t. c. 6. n. 2.*

Paulus Lib: IX. ad Edict.

Cum me abſente, negotia mea gereres, imprudens rem meam emiſti & ignorans uſucepiſti, mihi negotiorum geſt. ut reſtituas, obligatus non es. Sed ſi antequam uſu capias, cognoſcas rem meam eſſe, ſubjicere debes aliquem, qui à te petat, meo nomine: Ut & mihi rem & tibi ſtipulationem evictionis committat: Nec videris dolum malum facere in hac ſubjectione; Ideo enim hoc facere debes, ne actione negotiorum geſtorum tenearis. l. 19. §. 3. d. Negot. geſt.

1. Cenſura Autumni *hunc locum* damnantis ut cognoſcatur, ſpecie facti opus eſt expoſitâ. Dum negotia mea tu geris, vendit aliquis tibi meam rem, quam ignoras eſſe meam. Si uſuceperis, es dominus, & mihi non teneris ad reſtituendam, quia juſtum titulum & bonam fidem habuiſti. At ſi ante uſucapionem intellexeris eſſe rem meam, ex bonâ fide mihi illam reſtituere debes. Verum quia, ſi alteri ſponte reſtituas, non habebis regreſſum adverſus venditorem, ita conſulit Paulus, ut tu amicum ſubornes, qui meo nomine à te petat. Ita condemnatus, adverſus venditorem, denuntiatione prius factâ regreſſum habes ex eo quod res ab ipſo tibi vendita, evicta eſt ab alio; quod volunt verba, *ſtipulationem evictionis nomine committat.*

2. Autumnus vult, Negotiorum geſtorem teneri, ad uſucaptam quoque rem Domino reſtituendam, quia nec tutor, nec Procurator, aut qui negotia gerit, eorum pro quibus curant, res emere poſſunt *l. 35. §. ult. d. Contrah. empt.* Tu loco

Digitized by Google

reſponſi dic, Scientes; ignorantes vero ut heic & emere & uſucapere poſſunt *l.* 2. §. 9. *Pro empt.* Dein hæc colluſio & ſubornatio diſplicet ei tanquam minus ſyncera minimeque ſimplex. Certo aliud agitur, aliud ſimulatur in hac ſpecie; verum hoc ſine dolo malo fieri poſſe Labeo & Ulpianus, Pauli, cujus hic locus eſt, æmulus, etiam docent in *l.* 1. §. 2. *d. Dol. mal.* Utique fraus, id eſt, damnum nulli infertur; Venditorem enim, qui rem alienam ignoranti vendidit, evictionis nomine teneri æquum eſt. Et quod negotiorum geſtor domino fidem eo modo præſtare vult, ut ſimul indemnitati ſuæ conſulat, reprehendi non poteſt, modo nullis utatur mendaciis; quod non fit, quando amico eſt auctor, ut nomine domini rem à ſe vindicet. Hactenus ad Autumni objectiones.

3. Eſt & alius mihi ſcrupulus. Quid opus hac colluſione, cum Geſtor ipſi domino rem indicare potuerit, ut is ipſe rem evinceret? Sed dic: abſentem fuiſſe dominum: At quomodo tunc alius ſine mandatu domini agere potuit, cum id nemo niſi conjuncta perſona facere poſſit *l.* 35. *in pr. d. Procur.*? Ergo dic iterum, actorem qui ſubjectus eſt, ejuſmodi perſonam eſſe conjunctam. Si enim alius ſit, iſque à Geſtore ad agendum admiſſus fuerit; evictionis regreſſum amitteret per *l.* 29. §. 1. *d. Evict.* Alias hujus modi ſolutiones vide in *Gloſſa ad h. l.* Rurſus, an, quo jure negotiorum geſtor uſucaptam rem poteſt retinere, non potuit in eadem uſucapienda pergere, cum ab initio bonam fidem titulumque juſtum habuerit; mala fides autem ſuperveniens uſucapionem inchoatam non interrumpit *l.* 48. §. 1. *d. A. R. D.*? Dixerim, illum poſſe quidem uſucapere; ſed teneri negotiorum geſtorum, quod rem meam, cum ſciret eſſe meam, mihi ſubduxerit. Ita videtur; aliis, ſi quid melius occurrat, auſcultabimus. Faber & Bachovius hæc non exequuntur.

Modeſtinus Lib: ſecund. Reſponſ.

Ex duobus fratribus uno quidem ſuæ ætatis, alio vero minore annis, cum haberent communia prædia ruſtica, major frater in ſaltu communi habenti habitationes paternas, ampla ædificia ædificaverat: Cumque eundem ſaltum cum fratre divideret, ſumptus ſibi, quaſi re meliore ab eo factâ, deſiderabat, fratre minore jam legitimæ ætatis conſtituto; Herennius Modeſtinus reſpondit, ob ſumptus, nullâ re urgente, ſed voluptatis causâ factos, eum de quo quæritur, actionem non habere. l. 27. d. Negot. geſt.

1. Bernardus Autumnus *Cenſur. Gall. ad h. t.* Falſa eſt, *inquit*, Modeſtini opinio, cui adſtipulatur Cenſor Belgicus Simon Groenewegius *hic*: Rationem reddunt, quia bonæ fidei poſſeſſor omnes ſumptus repetit; & ipſe prædo, quatenus res eſt melior *l.* 38. *d Hered. pet. l.* 38. *d. R. V.* Addit Groenewegius argum. *l.* 45. *h. t.* ubi traditur dari actionem de utiliter geſtis. Mireris horum Cenſorum, jure merito, temeritatem, in accuſando falſi Modeſtino, dum ipſi falluntur. Quid enim huc pertinet argumentum à bonæ fidei poſſeſſore hereditatis, ad eum, qui in re ſingulari ſciens aliena ſumptus fecit voluptarios? Nam quod iſti amplas ædificationes à fratre majore factas, in ſaltu, cui minimè deerat habitatio, quæ Patri illorum ſuffecerat, habent pro impenſis utilibus, in eo non tantum Modeſtinum

Digitized by Google

ſum habent ſibi contradicentem, qui ædificia voluptatis cauſa facta fuiſſe adfirmat; ſed omnes etiam agricolas & fundorum dominos noſtrates inprimis, etiam verò exteros. Nam hi rectiſſime ita exiſtimant, amplas domos habitandi gratia ſtructas, agris, qui fructuum cauſa habentur, oneri magno eſſe, nullo commodo, ſed voluptati & magnificentiæ tantum inſervire; quorum pretia ſi agrorum domini ſolvere debeant, ipſos ſæpe fundos exhauriant. Et hoc quidem uſu juris quod illi probatum vellent, frater ille major, minoris partem ædificando inutilem reddidiſſet. Eſt igitur hic vere ſumptus voluptuarius, quem frater ædificator ille tollat, ſi poteſt, ut omnibus injungitur in impenſis voluptuariis. Hæc reſultum hodieque habet, in colonis, ſi qui, non contenti ædificiis veteribus, novas ampliorasque habitationes ſine conſenſu dominorum ædificaverint. Nec enim de æſtimatione illarum agere poſſunt; tollant, ſi velint & ſi poſſint, *l. 9. d. Impenſ. in rem dot. fact.* Cenſura ſanè quieſcat oportet.

Ulpianus Lib. vi. Diſputation.

Is, qui amicitiâ ductus paternâ, pupillis tutorem petierit, vel ſuſpectos tutores poſtulavit, nullam adverſus eos habet actionem, ſecundum Divi Severi conſtitutionem. l. 44. h. t.

1. Contrarium eſſe verum docet Autumnus ex *l. 6. §. Sed ſi ego 6. h. t.* Imo, Inſtari poteſt contra Ulpianum, an non totum hoc Negotiorum geſtionis inſtitutum, amicitiæ cauſam habet, ne abſentium amicorum res negligantur aut detrimentum accipiant? Ita paſſim ſcriptum eſt. Quid igitur heic amicitiam pro cauſa negandi actionem, negotiorum geſtorum haberi legimus? At tu recte facies, ſi gradus & ſpecies amicitiæ diſtinguas. Si tanta ſit amicitiæ ſanctitas, ut pietatis officia attingat, inde non dari actionem, jus & ratio volunt *l. 34. h. t.* Cujuſmodi pietatis munus in hac ipſa facti ſpecie, quæ eſt in hac *l. 44.* Imperatores Severus & Antoninus agnoſcunt in *l. 1. C. h. t.* Nec aliter uſu receptum eſt, quam ut inter amicitiam vulgarem & piam hoc caſu diſtinguatur, quicquid Autumnus adferat in diverſum, ut hac parte bene probat ipſe Groenewegius ad *d. l. 1. C. h. t.* Cenſura ne quidem lomentum valet.

2. In L. 40. Faber, pro verbis; *Propterea quæ tibi neceſſaria eſſe ſcirem*, Legit, *propterea quod tibi neceſſarium eſſe ſcirem*; & in fine pro *ut fidejuſſerim. Et fidejuſſerim*. Talia non ſunt Eunomiæ; nec finem habeant, ſi omnia perſequamur.

Paulus Lib. 1. Sentent.

Actio negotiorum geſtorum illi datur, cujus intereſt, hoc judicio experiri. Nec refert, directâ quis, an utili actione agat vel conveniatur; quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non obſervatur, hæc ſubtilitas ſupervacua eſt.

eſt: Maximè, cum utraque actio ejuſdem poteſtatis eſt eundemque habet effectum l. 47. *d. Negot. geſt.*

1. Prima hujus textus poſitio nihil habet difficultatis, neque ſecunda, ſi effectum intueamur. Nam etſi originis ratione multum, utiles & directæ actiones differant quia directæ ſunt è claris Legum verbis, vel propriâ cujuſque negotii naturâ; Utiles ex interpretatione Juris Conſultorum, ob utilitatem ad ſimiles caſus productæ; in eventu tamen idem per utiles & dictas actiones conſequimur. Cujac. 15. *obſ.* 11. Sed ratio quæ ſubjicitur, *quia in extraordinariis judiciis &c.* non modo habet difficultatem, ſed etiam incongrua & à ratione juris aliena videtur. Nam extraordinariæ actiones erant, in quibus ipſi Prætores cauſam cognoſcebant, *l.* 1. *d Extraord. cognit.* Ordinariæ, in quibus dabantur judices pedanei; ſecundum formulam à Prætore præſcriptam; quo pertinet, quod ubique ferè Prætor edicit Judicium ſe daturum, eo quod jurisdictio dicitur eſſe judicis dandi poteſtas *l.* 3. *d. Jurisdict.* Tales ſunt extraordinariæ perſecutiones oppoſitæ his, quæ ordinarii juris executionem habent in *l.* 178. § *pen. d. V. S.* Eſt eadem diſtinctio, quam habet Suetonius in Claudio, ubi, quendam reum narrat, ipſius Imperatoris examen metuentem, excepiſſe, rem non eſſe cognitionis, ſed ordinarii juris; hoc eſt, de qua Cæſar ipſe prò Jurisdictione ſuâ cognoſcere non deberet, ſed in quâ dandus eſſet Judex pedaneus.

2. An autem talis eſt, de quâ in hoc textu agitur, negotiorum geſtorum actio? Non videtur equidem; paucæ fuere cognitionis res & actiones extraordinariæ; Nihil in hac ſpecie videtur eſſe præcipuum, quod judicis majoris cognitionem requirat. Imo diverſum indicant verba Prætoris in *l.* 3. *pr. h. t. Judicium e nomine dabo*; Sic enim de rebus ſuæ cognitionis non loquebatur: *Uti quæque res erit, animadvertam*, dicit in *l.* 1 §. 2. *d. Minor.* Cujuſmodi verba notant ipſius officium; Priora judicis dationem pedanei. Sed poſtquam mos ille dandi judices pedaneos obſolevit & Magiſtratus ipſi iudicare juſſi ſunt in *l.* 2. *C. de Judicib. ped.* omnia judicia facta ſunt id, quod olim erant extraordinaria, ut ipſe Juſtinianus in §. *ult. I. de Interdict.* loquitur, formulæque & impetrationes ſolennes, quæ olim in ordinariis judiciis erant neceſſariæ, ab eodem tempore ſublatæ ſunt, ut patet è *tit. C. de formul. & impetr. ſubl.* Sed tempore Pauli adhuc erant in pleno vigore; cumque negotiorum geſtorum actio non niſi ordinarii juris eſſet, in ea formulæ conceptionem æque tunc adhibendam fuiſſe manifeſtum eſt. Quid igitur ſibi vult hæc ratio, *quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non obſervatur, hæc ſubtilitas ſupervacua eſt*? Non potuiſſe Paulum ita loqui; ſed hæc verba à Triboniano inſerta eſſe non dubitat Anton. Faber *l.* 4. *conject. c.* 7. Gipham. in *prolegom. ad lib.* 8 *Cod.* & Wiſſembachius in *emblem. ad h. l.* 47.

3. Enimvero injectionis hoc ſpecimen non tantum illo communi deformitatis vitio, quod Paulo tribuat rationem à mente ipſius alienam, laborat; ſed etiam male & inepte, ut heic eſt, adhibitum videtur: Quam enim de judiciis extraordinariis hic abſurde fiat mentio, ſi de omnibus, ut hodie fit, judiciis id accipiendum, primo auditu percipitur; quod extraordinarium dicere, ubi nihil ordinarium eſt, verè ſit contradictorium. Nec audio, ſi quis regerat, alibi Tribonianum eodem modo eſſe loquutum, in §. *ult. Inſt. de Interd.* Multo enim aliter ibi

ſitum

ctum eſt; *Nam quoties extraordinem jus dicitur (qualia ſunt hodie omnia judicia) non eſt neceſſe reddi interdictum.* Ibi enim nihil eſt aliud, quam quod antea diximus; nunc in omnibus judiciis ita procedi, ut olim in extraordinariis, quod eſt civile & apte connexum. Sed heic eſt theſis hujuſmodi; *In negotiorum geſtorum actione, directe an utiliter agas, nihil intereſt, quia in extraordinariis judiciis hæc ſubtilitas ſupervacua eſt.* Atqui negotiorum geſtorum actio fuit ordinarii Juris; quid igitur hic ratio de extraordinariis? Vel ſi hoc mittas, quid in hanc rem mutationis infert, quod omnibus eſt commune judiciis, uti nunc eſt id, quod Tribonianum hic inſeruiſſe volunt? Fatendum adeò eſt, hoc emblema eſſe valde ineptum & Viris eruditis, qualem fuiſſe Tribonianum excellenter, ipſi Suidas & Procopius ejus inimici teſtantur, indignum, nec ideo credibile.

4 Non eſt tamen faciendum, quo Tribonianeæ exiſtimationi magis quam veritati ſtudeamus, quod D. Wiſſembach objicit iis, qui hoc ἔμβλημα nolunt agnoſcere; quos inter Cujacius 15. *Obſ.* 11. qui nihil difficultatis invenit in verbis hujus textus, hypotheſi quâ Paulo adſcripta ſunt; etſi quàm parum Triboniano parcere ſoleat, ejus obſervationes paſſim loquuntur. Non explicat tamen, quo pacto extraordinariis judiciis actio negotiorum geſtorum accenſeatur: Mihi verba textus ipſa commodam ſuppeditare videntur expoſitionem. Extraordinaria variè dici Briſſonius in *Extraordinaria* docet. Judicia appellamus ita non tantum ubi Prætor ipſe cognoſcebat, ſed etiam quæ non habebant ordinarias & ſolenniter conceptas verborum formulas, quales erant actiones præſcriptis verbis, & qualis omnino fuiſſe videtur actio negotiorum geſtorum. Id ipſum ait Paulus *hic*, In *extraordinariis actionibus, ubi conceptio formularum non obſervatur.* Formulæ ſolennes proprie erant in Legum actionibus, quæ inde poſt XII. tabulas à Juris auctoribus compoſitæ, & à Gnæo Flavio publici juris factæ ſunt *l. 2. §. 6. & 7 d. Orig. Jur.* Prætoriæ actiones deinde repertæ non habuere certas ſolenneſque formulas, ſed has Prætores in factum conceptas, pro cujuſque negotii natura judicibus dederunt, ſicut JCti in civilibus innominatorum contractuum actionibus formas agendi præſcribebant, unde *præſcriptis verbis* actiones, ut ad *pr. tit. ff. de* Præſcriptis verbis actionibus, à nobis demonſtratum eſt. Hinc non male Treutlerus *diſp.* 10. *th.* 5. *lit. A.* Extraordinarias actiones interpretari videtur *Prætorias*, male forte reprehenſus à Bachovio, quaſi inde ſequeretur, in actionibus Prætoriis tempore Pauli ipſos Prætores ſolitos eſſe cauſæ cognitione fungi; cum extraordinariæ ſint dictæ, non à cognitione Prætoris, verum quod in illis ordinariæ ſolenneſque formulæ fuerint nullæ, ſed arbitrio Prætorum judicibus miſſæ pedaneis. Quod quidem in actione negotiorum geſtorum præ cæteris evidentem uſum habet, ut Bachovius bene probat ad *d. loc. Treutleri.* Sed inde non ſequitur, hanc Pauli rationem huic actioni ſoli, ſicut ille vult, convenire; quia ratio Pauli deſumpta eſt & peti debuit à loco generis; alioqui non bene ratiocinaretur. Sic igitur commode Paulum intelligimus, Negotiorum geſtorum actio directa ſit, an utilis, nihil refert; quia in actionibus extraordinariis, ubi non erant conceptæ formulæ, hæc differenita non habebat uſum; Poterat enim Prætor accommodare formulam extraordinariam judici dandam, circumſtantiis facti; cum in ordinariis & ſolenniter conceptis formulis, ab actionis Legalis pro-

prietate recedere non poſſet; idque dein firmat Paulus ipſo rei eventu, quo per utilem actor idem, quod directa conſequitur; Et hoc Cujacius in *loco citato* illuſtrat exemplo ex *l.* 8. §. *plane* 17. *d. SC. Vellej.* Nos hac viâ tam veritati quam dignitati Tribonianeæ, vel potius Juſtinianeæ patrocinium conflare putamus, & rationes Antonii Fabri *d. cap.* 7. *lib.* 4. & Wiſſembachii noſtri ſuſtinere poſſe videmur.

Ulpianus Lib. x. ad Edict.

Tractari poteſt, ſi adverſarius non per calumniam tranſigendi animo accepit, an conſtitutio ceſſet: Et puto ceſſare, ſicuti hoc quoque judicium, neque enim tranſactionibus eſt interdictum ſed ſordidis concuſſionibus. l. 1. §. 3. *d. Calumniator.*

1. Poſt princ. h. l. ſequentia cenſuræ, quaſi Tribonianus hic deliquerit, ſubjiciuntur, etiam à Bachovio, qui hac parte ſuperat ipſum Ant. Fabrum. Nam hic defectum & concitionem phraſios in §. 1. *Hoc crimen non ſolum in pecuniariis cauſis, ſed & ad publica crimina pertinere Pomponius ſcribit*, abſque animadverſione transmittit. Bachovius id habet pro ſolœciſmo. Tu ſubintellige vel adde ſis, poſt τὸ cauſis *verti*, quod Fabro nequidem monitu dignum eſt habitum. Suſpecta etiam ſunt Bachovio verba *maxime cum & lege Repetundarum:* Verum enim non videtur, *ait*, ut quicunque pecuniam accepit ut per calumniam, actionem civilem moveret & pecuniariam, teneatur publico repetendi crimine. Atqui id minimè ſequitur ex his verbis. Sed theſin, quod hoc judicium ad publica quoque crimina pertineat, inde probat textus quod lege Julia Repetundarum ſpecialiter cautum ſit, ut qui ob negotium (illius legis hauddubiè) alteri faciendum pecuniam, per calumniam, accepit, teneatur ejus legis pœna. Major eſt ſpecies malæ connexionis *in* §. 3. præſertim in verſu; *Nam tractari poteſt*, ibi τὸ *Nam*; prò Sed poſitum monet Anton Faber: Mallem tranſponere & commutare τὸ *Sed*, ex *pr.* §. in locum τοῦ *Nam*, & hoc retrahere ad *princ.* hoc ordine; Judicium de Calumniatoribus tam ad publica crimina, quam ad pecuniarias cauſas pertinet: Nam & conſtitutio Imperatoris prohibet tam in publicis, quam privatis & fiſcalibus cauſis dare pecuniam. Sed tractari poteſt; ſi adverſarius non per calumniam &c. Tranſitus & connexio ita ſubſiſtunt. Verum quid hæc conſtitutio ad argumentum *hujus tit.* In quo agitur de his qui pecuniam ad alios vexandos acceperunt, & conſtitutio agit de his qui dederunt pecuniam, ideoque actiones ſuas amittunt, quas calumniatores, qui nihil actionis habent, utique amittere non poſſunt. *Fortaſſis compoſitores hoc loco aliunde adſuto à ſimili, materiam iſtam illuſtrare voluerunt.* Hoc ſive Ulpianus ſive compoſitores fecerint, eo minus reprehenſionis meretur; quod ſi per *Nam* §. 2. conjungeretur, non ejuſdem argumenti continuatio, ſed poſitionis de calumniatoribus probatio ac illuſtratio ſit: Cui fini ſat commode ſervire poteſt. Ipſa conſtitutio extat in *l.* 1. *C. de Pœn. Jud. qui male jud.* Qua autem ratione lex illa huc applicita fuit, eadem ſubjecta eſt admonitio, quæ tamen non multum habet dubii, quod is qui tranſigendi animo pecuniam dedit, non amittat litem, nec is qui accepit, ex hoc edicto teneatur: Contra quam explicationem, ut obviam, ſic Cujacio

jacio laudatam *ad l. 7. §. pen. d. dol. mal.* quod diſputat Faber, & Bachovius perplexatur; nos morari non debet.

2. Sed ultimâ ſententia, hoc loco à nobis propoſita, *neque enim tranſactionibus eſt interdictum, ſed ſordidis concuſſionibus*, alio genere Cenſuræ impetitur, cum ab aliis tum à D. A. Matthæo *diſp. 7. fund. Jur. n. 12. & ſeq.* quia permittit tranſactiones criminum; *qua ratione delicta manebunt impunita*, inquit, *contra l. 51. ad l. Aquil. Imo lex Dei*, pergit, *tranſactionem diſerte vetat Num. 35. v. 31. & ſeq.* Jure Civili criminum reis licitum eſt transactionibus amoliri accuſatorem, ſi modo capitale ſit crimen. In minoribus delictis idem non licet. *l. ult. d. Tranſact.* Eſt igitur Cenſuræ duplex ratio: Prima, quam D. Matthæus collocavit, altera, quod major eſt facilitas in capitalibus, quam in levibus delictis, quod contra eſſe deberet ex rigore diſciplinæ. Reſponſio eſt. I. Judici non permittitur cum reo tranſigere, vel accuſatum dimittere, multo minus captum, ut totis *D. & C. titulis de Accuſationibus* patet. II. Accuſatori poſt litem conteſtatam non licet ab accuſatione deſiſtere; nam qui hoc facit, incidit in pœnam Scti Turpiliani *t. t. de Sc. Turp.* Quid ergo? Reo capitalis criminis non imputatur novi criminis loco, quod accuſationem tranſactione prævenerit; *Ignoſcendum enim cenſuere Principes ei, qui ſanguinem ſuum qualiter qualiter redemptum voluit l. 1. d. bon. eor. qui ant. ſent.* Nihil aliud hac indulgentia committitur; non Judex in crimen ex officio inquirere & convictum punire; non alius quilibet accuſator reum poſtulare prohibetur. Nec ideo fit, ut hujuſmodi tranſactione delicta inpunita maneant: Nec Juri divino contraitur, quod Judices & ſacerdotes prohibet ab infeſtis homicidis accipere expiationem. Denique nec Jus Civile connivet ad tranſactiones criminum ſanguinis pœnam non ingerentium *d. l. 18. C. de Tranſact.* quia ceſſat in illis ratio miſerabilis conatus redimendi ſanguinis & gladium carnificis amoliendi. Adde Prælect. *ad Tit. π. de Tranſact. n. 4.* Cenſuræ ſatisfactum eſt.

Ulpianus Lib. x. ad Edictum.

Sed etiam præter hanc actionem, Condictio competit, ſi ſola turpitudo accipientis verſatur; Nam ſi & dantis, melior cauſa erit poſſidentis. Quare, ſi fuerit condictum, utrum tollitur hæc actio, an vero in triplum danda ſit; an exemplo furis & in quadruplum actionem damus & condictionem? Sed puto, ſufficere alterutram actionem. Ubi autem condictio competit, ibi non eſt neceſſe, poſt annum dare in factum actionem. l. 5. §. 1. d. Calumniat.

1. Mirum fuerit, ſi hic textus ita, ut hoc in loco ſitus eſt, cum analogia Juris & ſana ratione comparari poſſit, quod quidem Antonius Faber in *h. l.* ita minime cenſet, à Triboniano totum eſſe arbitratus. Difficultas eſt in concurſu actionis pœnalis de Calumniatoribus & condictionis; Quâ de re agitur, in verſu medio: *Quare ſi fuerit* &c. in priore & poſteriore verſu nihil eſt ſcrupuli. De concurſu illo triplex eſt quæſtio, an per condictionem tollatur penitus actio pœnalis in quadruplum. 2. an tollatur quoad ſimplum duntaxat, ut ſaltem in triplum ſuperſit. 3. denique, an condictio cumuletur & rotunde concurrat cum actione in quadruplum integra. Ad hanc trimembrem quæſtionem, ita reſpondetur, ut

Digitized by Google

duobus ſolummodo membris conveniat; *Puto ſufficere alterutram actionem.* Scimus è Juris principiis, Actiones merè pœnales cum rei perſecutoriis ex iiſdem cauſis ortis, integras & cumulative conjungi; cum mixtis etiam, quod attinet ad pœnam, ut in *Prælect. ad tit. de Action ſub fin.* demonſtravimus. De calumniatoribus autem actio eſt vel merè pœnalis vel mixta duntaxat. Merè pœnalem eſſe contendit Anton. Faber hic, contra quem diſputat Bachovius ad *Tr. h. t. th. 7. lit. G.* plerique tamen mixtam eſſe opinantur. Nihil erraturus videtur, qui tam merè pœnalem, quam mixtam eſſe dixerit. Merè pœnalem, ſi alius dederit pecuniam, alius calumniam paſſus ſit *l. 7. pr. & §. 1. h. t.* Mixtam, ſi pecunia data ſit ab eodem, quem Calumniator vexare volebat *h. l. 5. §. 1. & l. 8. h. t.* Priore caſu non eſt dubium, quin actio ſimpli & quadrupli integra pariter exerceantur, ſine offenſâ doctrinæ ſuperioris de Actionum concurſu, quæ ſupponit terminos unius ejuſdemque actoris. Altero caſu, non poteſt ſalvo juſtitiæ vigore, calumniator reſtituto quod accepit, à pœna liberari. Dicamus igitur, per hæc verba, *ſufficere alterutram actionem*, ſupponi, actionem in ſimplum & in triplum unius vice fungi; Per has cumulatas actionem in quadruplum tolli; & in quadruplum actionem tollere eam, quæ eſt in ſimplum & triplum; quæ junctæ faciunt unam in quadruplum. Ita rectè dicitur; *Alterutram ſufficere* Obſcuritas eſt è compendio & conciſione verborum, Iuriſconſultis æque ac Triboniano familiari.

Ulpianus Lib. IV. Opinion.

Si ab eo, qui innocens fuit, ſub ſpecie criminis alicujus, quod in eo probatum non eſt, pecuniam acceptam is, cujus de ea re notio eſt, edoctus fuerit: id, quod illicitè extortum eſt ſecundum edicti formam, quod de his eſt, qui pecuniam, ut negotium facerent, aut non facerent, accepiſſe dicerentur, reſtitui jubeat: & ei, qui id commiſit, pro modo delicti pœnam irroget. l. 8. d. Calumniator.

1 Hunc etiam locum Anton. Faber à Triboniano corruptum eſſe putat, non tamen illa ſimplici ratione, quam Bachovius ei imputat in *Ng. ad h. t. n. 3.* quod reſtitutio non ſit ex forma Edicti, cum ſit in quadruplum actio. Concedit enim verbis, *ſecundum formam Edicti* eſſe ſatisfactum, ſi cum quadruplo reſtituatur. Sed negat, reſtitutionem ullo modo fieri; cum ſit actio merè pœnalis: ſecus ac communiter ſtatuunt, & confirmat Hotom. I. *Ill. Q.* 29. aperteque colligitur ex *l. 5. §. 1. h. t.* In gratiam autem ejuſmodi ſingularis opinionis textum Iuris lacerare, vel contaminare quod Faber non veretur, nimis & inſolens. Nam quod additur; Speciem hujus L. non eſſe contra verba Edicti, *Qui, ut calumniæ cauſa negotium faceret, vel non faceret, pecuniam accepiſſe diceretur*, quid ſibi velit, etſi Bachovius id ipſum concedat, non intelligo. Nam qui ab innocente, quem criminis alicujus detulit, pecuniam accipit, ut factum in *hac l.* quid aliud ille fecit, quam quod acceperit pecuniam, ne faceret negotium; quod notat Edictum? Niſi quod in hac ſpecie gravior extra ordinem pœna infligitur, ut eſt in *fine h. l.* Ne repetam, quod Bachovius ait, & Faber ipſe fatetur, argumentum hujus Edicti aliquanto latius extendi quam verba *l. 1. in pr.* ferre videantur, ut ex *l. ult.* & aliunde *h. t.* patet.

EUNO-

Digitized by Google

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM IV.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Ulpianus Lib. XI. ad Edict.

NEc timorem infamiæ hoc Edicto contineri Pedius dicit lib. VII. *neque alicujus vexationis timorem per hoc Edictum reſtitui. Proinde, ſi quis meticuloſus rem nullam fruſtra timuerit, per hoc Edictum non reſtituitur, quoniam neque metus cauſa factum eſt. Proinde, ſi quis in furto vel adulterio deprehenſus, vel in alio flagitio dedit aliquid, vel ſe obligavit, Pomponius libro* XXVIII. *recte ſcribit, poſſe eum ad hoc Edictum pertinere, timuit enim vel mortem vel vincula &c. Sed etſi, ne prodatur ab eo, qui deprehenderit, alienaverit, ſuccurri & per hoc Edictum videtur: quoniam ſi proditus eſſet, potuerit ea pati quæ diximus. l. 7. D. Quod met. C.*

Paulus Lib. XI. ad Edict.

Ego puto, étiam Servitutis timorem ſimiliumque admittendum. l. 4. eod. tit.

1. Meretur hic locus eâ ſpecie iniquitatis & abſurditatis, quam ejus lectio præfert, eximi & liberari. Timor infamiæ non ſufficit ad reſtitutionem in integrum; quia res *nulla* fruſtra timetur, nec ad metus cauſam omnino pertinet. Qui autem metu ſervitutis aut vinculorum aliquid egit, is reſtituitur. Rurſum, fur aut adulter in flagitio deprehenſus, ſi quid dederit aut promiſerit, ne proderetur, in integrum reſtituitur, quia timuit vincula vel mortem naturalem. Hæccene ſatis cohærent, ſatin' conveniunt præcepto Juris, ſuum cuique tribuendi? Dum

Digitized by Google

læſis per infamiæ metum non ſuccurritur; delinquentibus ob metum mali, quod flagitio ſuo meriti ſunt, in integrum reſtitutio datur? Cur autem metus infamiæ aut vexationis non ſufficit ad reſtitutionem? *quia rem nullam timuit*, inquit Ulpianus. Itane de infamiâ, de vexatione? Quis vexatur? *qui fertur & raptatur & huc atque illuc diſtrahitur*, quomodo Annibal vexavit Italiam, Prædones barbari vexant iter facientes, quemadmodum Cato & Cicero apud A. Gell. *l. 2. c. 6.* loquuti ſunt. Vexatio igitur eſt quælibet vis ac injuria, quâ potentes & violenti homines, imbecilliores obnoxios exagitant & cruciant. Infamiam nonne merito magis Viri Boni quam mortem metuunt? Ita de ſtupro oblato Paulus in *l. 8. §. 2. h. t.* Quid feminæ? Lucretia magis metuit infamiam è minis Tarquinii, quam mortem vel ſtuprum; Nam ad mortem parata noluit mori, ne poſt mortem infamiâ ſervilis adulterii dehoneſtaretur, eo quod Tarquinius, ſe juxta mortuam matronam ſervum jugulatum in lecto nudum cum nudâ collocaturum interminatus erat. Nec ſaltem mori hac cauſa noluit; ſtuprum etiam pati maluit, quam infamiæ ſuſtinere metum. Et adeo ſi metus ſtupri, ſit cauſa reſtituendi; metus infamiæ, propter quam ſtuprum eſt inprimis Malum, juſtior cauſa reſtitutionis eſſe videtur. Cur autem infamia res nulla dicitur Ulpiano? quia privatus eam infligere non poteſt? Atqui nec in ſervitutem privatus quenquam redigere poteſt, & carceres privati æque ſunt prohibiti, qua de re titulus eſt in *Codice*; quas tamen reſtitutionis cauſas probat JurisCtus in *d. l. 4. h. t.* idque in furibus ac adulteris ἐν αὐτοφώρῳ in flagitio deprehenſis juſtamque reformidantibus pœnam.

2. Spero, non multo longiorem fore reſponſionem, quàm fuit objectio. Qui metuit infamiæ minas, ſi nullius meriti conſcius ſibi fuerit, rem vere nullam metuit; Vir bonus & conſtans ridet mendacia famæ. Si dicat æger homo invidiæ & impotens iræ; Faciam in te librum famoſum, cantabo errores tuos publicè: Prætor ait, rem nullam fruſtra timeas. Si quis autem mercatur infamiam, huic non ſubveniet, quia meretur; metus, in quo nihil eſt quam turpitudo, ſine damno & cruciatu, non eſt cauſa civilis, acta reſcindendi. Idem eſt de vexationibus, de quibus ita dicet, Paratum eſt tibi. Juriſdictionis meæ remedium; nihil eſt quod metuas. Enimvero non ſemper eſt tam grave *vexandi* verbum, quam apud Gellium extat, & heic adjecta eſt particula vim minuens verbi; vexationis *alicujus*. Intelligit igitur calumnias & tranſverſaria atque tralatitia importuna, quæ poteſt quidem aliquando metuere Vir bonus, ut Catulus apud Suetonium in *Julio*, cui Cæſar tantum *calumniarum* metum ingeſſit, ut non modo ab actione ſuſcepta deſtiterit, ſed etiam ad genua Cæſari acciderit; Prætor tamen aditus, Catulum ideo non magis reſtituiſſet, quam officium magiſtratus ſui, vel Senatus aut populi æquitatem Catulo defuturam negaſſet: Etſi fieri potuiſſet, ut parum in illis præſidii inveniſſet, turpe tamen eſſet Magiſtratui, dando reſtitutionem id ipſum fateri: Nec ſi calumniator patulas alicubi aures inveniat, Prætor ideo, quæ ſunt acta reſcindet, ob id quod ultro tempus & lux veritatis innocentiæ præſtabit. Matrona quædam tranſegerat, ſuo damno, adhibitis tamen amicis, ſubacta metu minarum adverſarii; vexabo te, dum vives, Lites nectam ab infimo tribunali, ad Ordines uſque Generales; non reddam tibi inſtrumenta literaria, quibus carere non poterat & ſimilia. Inanis vexatio, plenæ ſtultitia minæ; non

erat

Digitized by Google

erat Legalis cauſa reſtitutionis, ſecundum Edictum & Ulpianum. Iniquitas tamen adverſæ partis aliquando tam odioſa eſt, ut reſtitutio impetretur, quod eo quidem caſu accidit, in favorem ſexus minus conſtantis: *Uſu venit, dum egimus apud Curiam Supremam.* Poſſunt enim ejuſmodi eſſe merita circumſtantiarum, ut cauſa in theſi non Legalis, fiat juſta ſufficiens, cujuſmodi vexationis exemplum habetur in *l. ult.* §. 1. *h. tit.*

3. At verò ſi quid afflictionis aut mali triſtis juxta infamiam, actu incumbat, cui propulſando Magiſtratus officium expectari non poſſit, ut in ſtupro intentato & extremitate Lucretiæ abominandâ, vel ſervitute vinculiſque repræſentatis, aliud juris eſt: Etſi enim nemo in carcerem vel ſervitutem jure poſſit abripi, ſæpè tamen id olim factum fuiſſe exempla & ipſa Juris noſtri prohibitio teſtantur; utique barbaris vendi malum fuiſſe maximum, quod per vim fieri poterat, ut factum in Joſepho Jacobi, nemo neget. Supereſt de furibus & adulteris in flagitio deprehenſis. Datur his reſtitutio, ſi quid privatim extortum ſit, non impunitatis causâ; manet illos pœna Legis Juliæ & furum integra; Sed privata extorſio & dimiſſio pecuniaria mali exempli eſt. Et quod reus prehenſus vera mala, mortem & vincula metuit, id ignoſcendum eſſe vult Lex & ratio *l. 1. d. Bon. eor. qui ant. ſent.* Mortem autem & vincula, quæ reus metuiſſe dicitur, non à judice, ſed iram à patrefamilias metuit: Nec enim pœnam furti unquam & adulterii tum temporis fuiſſe capitalem ſatis *aliunde* notum eſt. Timuit quod eſt apud Virgilium, *Quique ob adulterium cæſi &c.* ultione præſenti.

Ulpianus Lib. XI. ad Edict.

Si quis non reſtituat, rem metu extortam, *in quadruplum in eum judicium pollicetur* Prætor; *Quadruplabitur autem omne quodcunque reſtitui oportuit. Satis clementer cum reo Prætor egit, ut daret ei reſtituendi facultatem, ſi vult pœnam evitare. Poſt annum verò in ſimplum actionem pollicetur. l.* 14. §. 1. *Quod met. C.*

1. D. Antonius Matthæus in *diſp. Jur. Fund.* 7 cujus hæc inſcriptio, *Jus civile in paucis à lege Dei, ab honeſtate & à ratione* deflectit, *n.* 7. ad hanc legem ita collocat cenſuram; „ Actio quod metus cauſa poſt annum in ſimplum datur *L.* „ *item ſi* cum 14. §. 1. *ff. Quod met. C.* Et intra annum etiam qui metum intulit, ſi „ arbitro judicis rem metu ablatam reſtituat, abſolvitur *ead. l.* 14. §. *eadem actio* „ & §. *item actio* 27. *I. de Action.* Quæro, quæ ergo tum pœna delicti admiſſi? „ Hæc *D. Matthæus.*

2. RESPONSIO. Actio quod metus cauſa non datur adverſus ſolum metus auctorem & delicti reum; Sed contra quemlibet rei extortæ poſſeſſorem *l.* 14. § 3. *h. t.* Non debuit igitur qualitas pœnalis, huic actioni eſſe adæquata. Sed quatenus promiſcuè in poſſeſſorem datur, rei perſecutoria, ut eſt, ita eſſe debuit. Tu dicis; hoc ipſum arguitur, quod metus illati reum lex ab innocenti poſſeſſore non ſeparavit. Imo legiſlator Romanus id minime neglexit: Nam metus auctor judicio mere pœnali, quod eſt de vi publica privatave, tenetur *tot. tit. ff. ad L. Jul. de vi publ. & de vi privat.* Non faciunt merito Cenſores, quod unum

unum Juris articulum, neglectis ſuper eadem re ſanctionibus aliis, vellicant & vexant. Eſt alius hac in re ſcrupulus; Quod poſſeſſor illati metus innocens, aliquando in quadrupulum tenetur; Sed tollit ipſe Juris auctor in *d. l.* 14. §. 3. docendo, quadruplum nonniſi ob contumaciam rem non reſtituentis infligi, ab initio nequaquam.

Paulus Lib. Primo Quæſtionum.

Videamus ergo, ſi heres, ad quem aliquid pervenerit, conſumpſerit, id quod pervenerit, deſinat teneri, an vero ſufficit, ſemel perveniſſe: Et ſi conſumpto eo, deceſſerit, utrum adverſus heredem ejus omnino competit actio, quoniam hereditariam ſuſcepit obligationem, an non ſit danda, quoniam ad ſecundum heredem nihil pervenit, & melius eſt, omnimodo competere in heredem heredis actionem: ſufficit enim ſemel perveniſſe ad proximum heredem & perpetua actio eſſe cœpit: Alioqui dicendum erit, nec ipſum qui conſumſit, quod ad eum pervenerit, teneri. l. 17. Quod Met. C.

Julianus Lib. LX. Digeſt.

Si ipſa res, quæ ad alium pervenit, interiit, non eſſe locupletiorem dicemus: ſin vero in pecuniam aliamve rem converſa ſit, nihil amplius quærendum eſt, quis exitus ſit; ſed omnino locuples factus videtur, licet poſtea deperdat. l. 18 *eod. tit.*

1. Quæſtio fuit, quatenus heres heredis actione quod metus cauſâ teneatur, ſi res à priori herede conſumpta non extet? Paulus ait, ſufficere, quod ſemel ad heredem pervenit, etſi dein conſumpta fuerit, actionemque tum eſſe perpetuam & ad ſecundum heredem tranſitoriam. Julianus diſtinguit, utrum res interierit, an in pecuniam aliamve rem, converſa ſit: ſi hoc, nihil eſſe dubii; ſin prius, non eſſe locupletiorem putat heredem, qui tantum tenetur, quatenus eſt locupletior *l.* 16. §. *ult. h. t.* Hanc differentiam inter conſumere & interire, quamvis & Cujacio ad *d. l.* 17. laudatam, negat Autumnus eſſe iuſtam *cenſ. ad d. l. Ego vero*, inquit, *exiſtimo, quod turpiter, vel ſcelere quæſitum eſt, ſive conſumpſerit heres, ſive interierit, peti poſſe.* Rationem, præter ipſam æquitatis evidentiam, petit ex *l.* 1. *C. de His quæ vi met. q. c.* ubi Imp. Alexander, ita reſcribit Felici; *Perſecutionem eorum, quæ vi vel furto ablata ſunt, etiamſi poſtea interciderint, integram eſſe, jure reſponſum eſt.* Utitur etiam Autumnus *l.* 36. §. *ult. d Uſufr.* ubi ſcribit Africanus ita; *Uſusfructus ſervi Titio legatus eſt: cum per heredem ſtaret, quominus præſtaretur, ſervus mortuus eſt; aliud dici non poſſe ait, quam in id obligatum eſſe heredem, quanti Legatarii interſit, moram non eſſe factam.* Ergo, ſic colligit Autumnus, *licet res interierit, æſtimatio peti poteſt, quia forte non periiſſet penes dominum; tum quod turpiter & ſcelere quæſitum eſt, non debet ſpectare ad compendium ejus, qui vim vel metum admiſit.*

2. Ut ad ultimum prius reſpondeam; exiſtimo Julianum agere de caſu, quo non

Digitized by Google

non heres ipſius qui metum intulit, ut Autumnus ſupponit, verum tertii bonæ fidei poſſeſſoris heres convenitur, è *verbis d. l.* 18. *Si ipſa res, quæ ad alium pervenerit, interiit.* Nam hanc actionem, *Quod metus causâ*, dari etiam contra tertium poſſeſſorem, qui metum non fecit, ſatis conſtat ex *l.* 14. §. 3. 4. 5. *& ult. h. t.* Sed hac uti reſponſione minus ait eſſe tutum Gloſſator *ad h. l.* 18. utique in totum; quoniam heic heres heredis, ad quem ſemel pervenit, ſi res in pecuniam aut aliud quid converſa ſit, teneri dicitur, etſi poſtea deperdat: quod in bonæ fidei poſſeſſore vel ejus herede non ſit verum *l.* 25. §. 11. *d. Hæred. pet.* ubi de poſſeſſore b. f. hereditatis traditur, eum re conſumptâ non teneri, niſi quatenus ipſo eventu factus eſt locupletior. Atqui in noſtra *l.* 18. Julianus poſſeſſorem rei metu extortæ comparat cum hereditatis poſſeſſore, quam comparationem non eſſe per omnia bonam arguit Gloſſator: Sed videndum, an non aliud inveniri poſſit, in quo hereditatis & rei extortæ poſſeſſoris heres conveniant. Si dicamus, utrumque teneri, quod ſuggerit ipſe Autumnus; *poſt* moram factam; tunc nihil amplius quærendum, quis exitus ſit. Atque ut ita Julianum intelligamus; In herede quidem ejus qui metum intulit, ſufficere, quod ſemel res pervenerit, ut perpetua ſit actio adverſus heredem quoque ſecundum, juxta *d. l.* 1. *C. h. t.* Heredem tertii poſſeſſoris non teneri, ſi res interierit; quod ſi in rem aliam, vel pecuniam verſa ſit, hunc quoque teneri. Si tamen id ipſum pretium, vel res perierit ante moram & ſine culpâ, ne quidem heres tenebitur; ſi poſt moram deperdat, æquum eſt, eum teneri ex facto ſuo: Nec aliter verba Iuliani *nihil amplius &c.* eſſe capienda, ſimilitudo hereditatis petitionis quam adducit, indicat, ex *d. l.* 25. §. 11. idque probat etiam Africanus in *d. l.* 36. §. *ult. d. Uſufr.* ubi, quanti interſit, moram non eſſe factam. Etſi adhuc murmurantem audio gloſſam, *videri id eſſe contra mentem hujus literæ.* Sed hunc ſcrupulum non magis tollunt, ea quæ ſuggerit ipſa, de titulo lucrativo, quem tertius poſſeſſor habuerit in ſpecie *d. l.* 18. Puto æquum cenſorem fore contentum explicatione quam dedimus. Si cui plenius aliquid in mentem veniat, auſcultabimus.

Ulpianus Lib. xi. ad Edict.

Dolum malum Servius quidem ita definiit, machinationem quandam, alterius decipiendi causâ; cum aliud ſimulatur & aliud agitur. Labeo autem, poſſe & ſine ſimulatione id agi, ut aliquis circumveniatur: poſſe & ſine dolo malo aliud agi, aliud ſimulari, ſicut faciunt, qui per ejuſmodi ſimulationem deſerviunt, & tuentur vel ſua, vel aliena. Itaque ipſe ſic definiit, dolum malum eſſe omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam; Labeonis definitio vera eſt l. 1. §. 2. *d. Dol. mal.*

1. Datur etiam Cenſura Cenſuræ in ipſos Cenſores Artis. Tale præbet hic locus exemplum: Labeo & Ulpianus agunt Cenſores Servii Sulpicii, veteris & magni IurisConſulti: Hi rurſus Cenſores experiuntur, alios; quorum Cenſuram nos iterum ad Cenſuram ex parte vocabimus, breviter & clare, ut erit facultas. Servius definivit dolum malum, *machinationem quandam, alterius decipiendi causâ,*

Digitized by Google

cum aliud agitur, *aliud ſimulatur*. Genus eſt *machinatio*; Reliqua verba differentiam conſtituunt; Poteſt enim eſſe bona machinatio & inreprehenſa in alterius ſalutem. Sufficere ita dolus malus generaliter intelligitur, pro omni maligno alterius lædendi conſilio, ut injuriæ, cædes, rapinæ dolo fieri dicuntur, §. 1 *I. de Vi bon. rapt. l. 7. ad L. Corn. de Sicar. l. 3. §. 1. d. Injur.* Sed quia dolus in hoc Edicto Prætoris per aſtutiam commiſſus intelligitur, ideo Servius adjecit, *cum aliud agitur*, *aliud ſimulatur*.

2. Opponunt Labeo & Ulpianus; Poteſt ſine ſimulatione id agi, ut quis circumveniatur. Vellem exemplum adtuliſſent: Ego enim inſtantiam Labeonis uſum habere non video, niſi in fraude quavis manifeſta, rapinis, cædibus & injuriis. Sed hæ ad dolum latius acceptum, de quo Servius & Prætor in hoc Edicto propriè non agunt, pertinent. Altera objectio Labeonis & Ulpiani, quod etiam ſine dolo malo aliud agi & aliud ſimulari poſſit, vera quidem eſt, ſed minus adhuc obſtat Servio; cui ſanc obſtaret, ſi dixiſſet ille, dolum malum nihil aliud eſſe, quam machinationem, cum aliud agitur, aliud ſimulatur; At cum addit, *alterius decipiendi causâ*, nihil valet Labeonis cavillum, quod ultimis Servii verbis, non toti, ut debuerat, definitioni opponitur. Quid quod Ulpianus *in l 7. §. dolo malo 9. d. Pact.* Illam ipſam Servii definitionem Pedio adſcriptam laudat eaque utitur; quod aliter accipere nolim, quam ita, quod ibi dolum in ſtrictiore ſignificatu accepit, ut accipi debet, etiam heic; ubi tamen ipſe cavillatus Servium, in hoc reprehendit, quod in Pedio probat.

3. Cenſura, quæ ſtringitur in Labeonem ipſum aliquanto ſpecioſior & prægnantior eſt. Dolus malus, inquit, eſt *Omnis calliditas*, *fallacia*, *machinatio*, *ad circumveniendum*, *fallendum*, *decipiendum alterum adhibita.* Quæ definitio verboſa & otioſe exaggerata videtur Hotomanno *lib. 1. Obſ. c.* 10. Bachovius ut inſulſam & ineptam deridet, *not. Weſemb. ad h. t. à pr.* Ad *iſtum modum*, inquit, *etiam licent cumulare ſynonyma centum.* Mirum eſt, tam ſegniter Labeonem ſe præbuiſſe in ea parte diſciplinæ, qua maxime cum excelluiſſe veteres tradunt, in notitia grammatices ac etymologiæ. Nam ita Gellius de illo; *Antiſtius*, inquit, *Labeo juris quidem civilis diſciplinam principali ſtudio exercuit & conſulentibus de iure publice reſponſitavit*, *cæterarum quoque bonarum artium non fuit expers*, *& in grammaticam ſeſe atque dialecticam*, *literaſque antiquiores altioreſque penetraverat*, *Latinarumque vocum origines rationeſque percalluerat*, *eâque præcipuè ſcientiâ ad enodandos pleroſque juris laqueos utebatur.* Non minus diligens vocabulorum & proprietatis eorum obſervator fuit Ulpianus, quem hac cauſa Athenæus ὀνοματοθήρας dictum fuiſſe teſtatur. Hos homines tam pueriliter in re ſuæ profeſſionis ineptiiſſe! Non ero prolixus in reſponſione, qua jam olim defuncti ſumus in *lib. 3. Digreſſ. c. 25.* ubi Labeonis & Ulpiani patrocinium peregimus; hac ſumma defenſionis; non eſſe ἐξεργασίαν ſynonymorum; ſed diverſos doli mali gradus etymologicè ad inſtitutionem juris diſtinctos & in definitione congeſtos perfectè adæquare definitum. Etenim calliditatem eſſe verſutiam, πανουργίαν, primum ſynceritatis exceſſum, à callo animi, ſicut manus callidæ ſunt ab opere multo. Secundus gradus eſt, *fallacia* à faudo dicta, quæ mendacio & impudentia magis quam actu committitur. Tertius eſt, machinatio, quæ per inſidias & circuitus adtectatur &

perpe-

Digitized by Google

perpetratur, ut Troja capta eſt, *machinâ belli:* Talis machinatio intelligitur in *l.* 14. *h. t.* cujus ſtructura & gubernatio multum requirat artificii & impoſturæ continuationem. Hoſce doli gradus Baſilici etiam diſtinctè vertunt πανουργίαν, ἀπάτην καὶ μηχανὴν Quibus etiam correlatæ voces, circumveniendi, fallendi, decipiendi à Labeone comparantur, eo ſenſu quem latius in *d. cap.* 25 *lib.* 3. *Digreſſ.* executi ſumus; quo Lectorem benevolum remittimus; ut hâc etiam Cenſura notâ ſpecem Ius noſtrum eſſe liberatum.

Ulpianus Lib. XI. ad Edictum.

Et eleganter Pomponius hæc verba; ſi alia actio non erit, *ſic excipit; quaſi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, ſalva eſſe non poterit. Nec videtur huic ſententiæ adverſari, quod Julianus libro IV. ſcribit; ſi minor annis* XXV. *conſilio ſervi circumſcriptus eum vendidit, cum peculio, emptorque eum manumiſit, dandam in manumiſſum de dolo actionem. Hoc enim ſic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non poſſit, aut nullam eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo, ut venderet, circumſcriptus eſt; & quod minor proponitur, non inducit in integrum reſtitutionem. Nam adverſus manumiſſum nulla in integrum reſtitutio poteſt locum habere: ſecundum quæ, & ſi pœnali actione indemnitati ejus conſuli poſſit, dicendum erit, ceſſare de dolo actionem &c. l 7. in pr. d. Dol. mal.*

1. Inſtitutum præſens, ad honeſtandam artem Iuris inchoatum, perſequi non licet, niſi cenſuras hominum doctorum, quibus Iuris conditores proſequuti ſunt, aliquando examinemus; etiam viventium, quod etſi difficilius, ratio magis, quam de mortuis, permittit, quo commutatis rationibus, veritas eliciatur. Veteres id uſque quaque fecerunt, vel nominatim refellendo aliorum rationes, vel demonſtratione vaga, *ut ille putat, aliud dicendum eſt*, & ſimilibus. Nobis id etiam licuit adhuc, & aliis in nos, intra civilem diſputandi modum; quem ſi quis enormiter excedat, hunc ſibi relinquere optimum factu erit. Melius operæ pretium fuerit, comparare ſtudia, cum Viro, qui civiliter ferre poteſt diſſentientes, quo nemo tertius & doctius his diebus in arte noſtra ſcribit, & qui rationes pro rationibus reddit. Is autem Vir Cl. hunc locum ſupra ſcriptum negat, ita, ut Florentiæ editus, atque à baſilicis agnitus eſt, conſiſtere poſſe. Non feret ægre, quod nemo ſtudiis & meritis ſuis fidens unquam faciendum putavit, Lectorem expendere, quæ ſit ratio cenſuræ & emendandi neceſſitas, ut eam vel recipiamus, vel excuſemus, omni autem modo laudemus: Ita meretur, ſaltem, probabilitate ſua; de neceſſitate videbimus & agneſcemus libenter, ſi res feret. Delet Vir Cl. *tract. de Juriſdict. lib.* 1. *c.* 14. hæc verba è medio textu: *Aut nullam eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo, ut venderet, circumſcriptus eſt*, è quibus adhuc communiter probatum fuit, dolum contractui cauſam dantem, hunc ipſo jure nullum reddere; quæ ſententia pariter adit periculum. Audiamus, illa verba cur ferri nequeant. Paulo longior eſt inductio; Contraham, ut potero. Regulam ponit Ulpianus è Pomponio, *Doli actio non datur, ſi res aliter ſalva eſſe poteſt.* Opponit ex Iuliano: Minor, qui ſervum, ejus dolo inductus, vendidit, habet de dolo actio-

actionem & tamen ei res aliter ſalva eſſe poteſt; Nam ſi emptor dolum participat, habet ex empto actionem, aut alioqui minor in integrum reſtituetur. Reſpondet Ulpianus; In caſu Juliani, emptorem doli expertem intelligendum, ut empti actio non ſit; Reſtitutionem vero nullam dari contra manumiſſionem *l.* 9. §. *ult.* & *l.* 11. *d. Minor.* Ergo res aliter quam per doli actionem, ſalva eſſe nequit adoleſcenti. Rotunda ſic & expedita eſt Ulpiani diſputatio, quæ nihil amplius requirit, ac ideo verba hæc, *aut nullam &c.* ab imperito interprete ad marginem, à deſcriptoribus in textum eſſe conjecta, ac inde rurſus auferenda monet Vir Cl. ita ſatis eleganter & acutè.

2. Sed videamus, ne Ulpianus parum recte putaverit, ſi emptorem in Juliani caſu omnino ſtatuerit doli expertem fuiſſe: magis eſt, ut emptor cum ſervo conluſiſſe videatur, uti hæc res ſe prodit, initio & eventu comparato; Saltem ab alternativa præſumptionis id abeſſe non poteſt. Debuit igitur Ulpianus ita capere Juliani caſum; Aut emptor doli expers, aut conſcius fuit; prius ſolum ſtatuere à natura negotii alienum erat. Ergo ad utrumque membrum fuit Ulpiano reſpondendum, ſaltem impliciè; Si dolo careat emptor, non tenetur ex empto, nec aliud eſt remedium minori, quam de dolo in manumiſſum; ceſſante in hac materia beneficio reſtitutionis. Quod ſi emptor doli reus eſt, hæc quæſtio ceſſat; quia tum vel ex empto tenetur, ſi dolus incidit in contractum; vel ſi dolus dedit cauſam emptioni, hæc ipſo jure nulla eſt, omniaque retro agenda ſunt, quod eſt in verſiculo κειμένῳ.

3. Operæ pretium erit conferre paraphraſin baſilicam; Verba Ulpiani: *Si minor annis* XXV. *conſilio ſervi circumſcriptus, eum vendidit cum peculio, emptorque eum manumiſit, dandum in manumiſſum de dolo actionem*, Baſilici hoc modo reddiderunt. Ἐὰν ἀφῆλιξ ἀπατηλῶς συμβουλευθεὶς ὑπὸ τοῦ ἰδίου δούλου, πωλήσῃ αὐτὸν σὺν τῷ πεκουλίῳ, καὶ ὁ ἀγοραστὴς αὐτὸν ἐλευθερώσῃ, ἐνέχεται ὁ ἐλευθερωθεὶς τῇ περὶ δόλου ἀγωγῇ. *Si minor annis fraudulento inductus conſilio proprii ſervi, illum vendiderit cum peculio, & emptor eum manumiſerit de dolo actione tenetur manumiſſus.* Hactenus κατὰ πόδας conveniunt. Sequitur in Ulpiano, *Hoc enim ſic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non poſſit.* Pro his verbis alia omnia baſilici Εἰ μὴ μετέχει ὁ ἀγοραστὴς τοῦ δόλου. εἰ γὰρ μετέχει, ἐνέχεται τῇ περὶ τῆς τοιαύτης ἀγοραστίας ἀγωγῇ *Niſi emptor particeps doli fuerit; Nam ſi participaverit, ex empto actione tenetur*, ἢ ἄκυρός ἐστιν ἡ πρᾶσις, ἐὰν εἰς αὐτὸ τὸ πωλῆσαι γίγνηται ὁ δόλος. *Vel nulla eſt venditio, ſi in hoc ipſo, ut venderet, dolus adhibitus ſit.* Quod dicat aliquis, de priore periodo; eſtne hoc vertere? quid tum eſt, invertere ejus quem interpretere mentem? Id non eſt verſio quam Baſilici profitentur, eſt paraphraſis, aut ἔκφρασις potius. Multa omittunt, multa vel addunt vel mutant, ad textum illuſtrandum & clarius inducendum. Quod hoc loco mihi præclarè, non ubique licet æque feliciter, inſtituiſſe videntur: Ulpianus in ſpecie facti è Juliano propoſita, emptorem duplici à latere adſpicere debebat, ut doli expertem, aut participem. Priorem ſolum expreſſit caſum, alterum magis intelligendum reliquit. Priore caſu actio doli erat neceſſaria quia ceſſabat alia omnis actio, tam ex empto quam reſtitutio. Alterum caſum, quo doli particeps ſit emptor, obiter attingit, à quæſtione ſcilicet, de doli actione, abeuntem. Baſilici hunc abſorptum ab Ulpiano eduxerunt; *Si venditorem ipſe*

dece-

Digitized by Google

deceperit emptor, *actio de dolo ceſſat*; quia venditor adoleſcens rem ſuam duplici via ſervare poteſt; *Nam aut ex empto in id quod intereſt agere poteſt*, *adverſus emptorem*, *aut ſi dolus* cauſam dederit, *emptio venditio eſt ipſo jure nulla*, poteſtque ſervum vindicare quaſi non venditum, ut in *l.* 4. & *l. ult. de His qui à non Dom. manum.*

4. Hæc melius forte legenti ſedebunt, ſi locum integrum, quod baſilici non fecere, cum eorum explicatione comparemus. Ulpianus;

Et eleganter Pomponius hæc verba, *ſi alia actio non ſit*, *ſic excipit*, *quaſi res ei*, *ad quem ea res pertinet*, *alio modo ſalva eſſe non poterit. Nec videtur huic ſententiæ adverſari*, *quod Julianus libro IV. ſcribit*; *ſi minor annis* XXV. *conſilio ſervi circumſcriptus eum vendidit cum peculio*, *emptorque eum manumiſit*, *dandam in manumiſſum de dolo actionem*; quaſi actio doli in hoc caſu detur, ubi empti actione venditor rem ſervare poſſit. Quod non eſt ita; Julianum *enim ſic accipimus*, *carere dolo emptorem*, *ut ex empto teneri non poſſit*; aliter ac ſi dolo non careat, quo caſu ex empto actione rem ſervare poſſe minorem conſtat; *Aut nullam eſſ venditionem*, *ſi in hoc ipſo*, *ut venderet*, *circumſcriptus eſt*, doli actione tum minime neceſſaria. *Et quod minor proponitur*, *non inducit in integrum reſtitutionem: Nam adverſus manumiſſum nulla in integrum reſtitutio poteſt locum habere.* Quo minus hoc ſenſu verba Ulpiani conſiderare poſſint, cauſam non video. Vir Cl. mentem ejus, qui verſum illum intruſerit, aliter capit; quaſi Ulpianus caſum doli ab emptore commiſſi etiam ad poſitionem, qua doli actio competere dicitur, retuliſſet, quod nullo modo ſtatui poteſt. Id agitur quidem ab Ulpiano ab initio ad finem uſque, uti probet actionem de dolo non dari, cum aliter res ſalva eſſe poteſt: ſed hoc de caſu doli ab emtore commiſſi non magis adfirmari, quam idem caſus à ſpecie facti Julianæa abeſſe poterat: quia tamen in hoc erat, ut actionem doli non recipere conceuſum alterius, adſtrueret, caſum inde alienum, etſi correlatum, abruptè inſeruit, quem Baſilici explanarunt. Quod autem poſtremo Vir Cl. ſibi non placere ſignificat communem ſententiam, qua dolus dans cauſam contractui bonæ fidei illum ipſo jure nullum faciat, quæ maxime ex hoc verſu ſuppoſititio orta ſit, eam quæſtionem quia Vir Cl. in aliud tempus & locum rejecit, & eſt tralatitia, quam & adſtruximus *in Prælect. ad h. t. th.* 4. & *ſeqq.* hic non tractabimus. Ipſe locus à cenſurâ & emendatione liberatus videtur. Ea via, quam Vir Cl. inivit, emendatio neceſſaria, & ad literam bene deſcendens apparebat. Sed baſilici hac parte rem explanaſſe videntur. Addamus hoc obiter, quod vir Ampl. Ioh. *Andr. vander Meulen* prædictum diſcrimen inter contractus bonæ fidei ipſo jure nullos & ſtricti juris per exceptionem retractandos, in foro poli & conſcientiæ non habere locum docet in *part.* 1. *de jure poli cap.* 2. Hoc an neceſſario ſtatuendum ſit, pendet ab intellectu regulæ *Juris* 112. Nihil intereſt, actionem quis non habeat, an per exceptionem elidatur. Via nullitatis & remedium actionis aut exceptionis in eundem finem & effectum deſinit, nominatim in uſu Iurisprudentiæ forenſi & hodierno. Unde nulla impietatis & conſcientientiæ jure differentia reſultat.

Digitized by Google

Ulpianus Lib. xi. ad Edict.

Labeo libro trigeſimo Poſteriorum ſcribit; Si oleum tuum quaſi ſuum, defendat Titius, & tu hoc oleum depoſueris apud Sejum, ut is hoc venderet, & pretium ſervaret, donec inter eos dijudicaretur, cujus oleum eſſet; neque Titius velit judicium accipere; quoniam neque mandati neque ſequeſtraria Sejum convenire poteſt, nondum completa conditione depoſitionis, de dolo adverſus Titium agendum: ſed Pomponius lib. XXVII. *poſſe cum ſequeſtra præſcriptis verbis actione agi, vel ſi is ſolvendo non ſit, cum Titio de dolo; quæ diſtinctio vera eſſe videtur. l.9. §.1. d. dol. mal.*

1. Cenſura Autumni ad *h. l.*9. Quid hoc, *neque Titius velit judicium accipere?* An igitur reus judicium detrectans ſua fruſtratione poteſt efficere, ne judicium procedat & ſententia feratur, ut ideo tam ſolicite, quid remedii adverſus improbum tergiverſatorem deponenti detur, quærendum ſit? Imo tamen judicari poteſt, ait ille, *quia ſententia fertur in invitum & contum ax utique condemnari poteſt.* Ad hæc ita reſpondendum eſt, ut cenſuræ tamen ratio non ſtatim penitus auferatur. Nam fateri oportet, reum ſuâ contumaciâ efficere poſſe, ne ad ſententiam perveniri poſſit: Quippe Romani juris hæc eſt diſciplina, Reum qui ſe nunquam in Jure ſiſtit, etſi caverit in jus ſe venturum, non poſſe condemnari, ſed actorem in poſſeſſionem bonorum ejus eſſe mittendum, vel fidejuſſores in id quod intereſt, conveniendos; ut diximus *ad tit. D. Si quis cantion. in jud. ſiſt. c. fact. non obtemp.* ubi quicquid de contumacibus damnandis, in legibus occurrit, ea non de vadimonio deſerto, ſed eremodicio contracto, id eſt, non de his qui ſe nunquam ſtiterunt, ſed de iis qui litem inchoatam deſeruerunt, accipienda eſſe, monuimus, aliique monuerunt. Nec enim id eſt ſingulare vel noviter repertum, ſed noti juris, etſi ab Autumno negatum vel ignoratum. Nam quod is *ex l. Properandum* 13. *C. de Judic.* §. 1. in diverſum profert, manifeſto ad tempus poſt litem conteſtatam pertinet. Non eſt ideo, quod hunc locum idcirco, ut ille vult, putemus eſſe corruptum. Potuit omnino Titius ita perplexari, ut, cum tibi de oleo faceret controverſiam, teque litis odio adduxiſſet, ut oleum tantiſper apud Sejum deponeres; qui hoc venderet pretiumque ei, cui dominium foret adjudicatum, redderet, expectatione judicii te eluderet, ac ita fruſtraretur, ut quo te verteres neſcires, & quomodo oleum ejuſve pretium à Sejo, ſi nec is ſponte velit, recipere poſſis, ambigeres, ut heic inter Juris magiſtros de genere actionis agitari videmus. Sed jam hoc quidem liquet, textum corruptionis aut ἀνομίας abſolvendum; Juris univerſi tamen Eunomiæ videndum an bene conveniat, neque ſanctius & gravitate judiciorum dignius ſit, quod hodie in omnibus Foris receptum videmus, ut ſi rei bis abeſſe perſeverent, condemnentur. Non contemnimus hac parte mores hodiernos: nec tamen Romanos accuſamus, quod adeo firmiter hanc juris naturæ regulam; inauditum eſſe neminem condemnandum, ſervaverint, ut ne quidem ob tergiverſationem & contumaciam ſecus eſſe conſulendum, ſed Tergiverſatores remediis Prætoriis cogendos, & poſſeſſione rerum ſuarum potius ad tempus privandos, quam injuſtâ ſententiâ mulctandos putaverint.

2. Autum-

2. Autumnus habet inſtantiam ex *l. 11. §. 2. d. Recept. qui arbitr. Quid ergo, ſi res apud arbitrum depoſitæ ſint, eo pacto, ut ei daret, qui vicerit; vel ut eam rem duret, ſi non pareatur ſententiæ, an cogendus ſit, ſententiam dicere, & puto cogendum.* Ergo & adverſa pars cogenda? ſic ille, ſed è diſparatis male infertur. De arbitro, qui arbitrium recepit, eſt Edictum Prætoris, ut cogatur dicere ſententiam, ſi modo litigantes rem diſceptare velint: poſſunt enim nolle; & ſubducere ſe arbitro, qui tum non cogetur *l. 30. d. tit. d. Recept. qui arb.* Reus etiam cogitur ſubire judicium remediis Prætoriis; ſed judex eo non audito, ſententiam ferre non poteſt.

3. Ergo in hac ſpecie, Labeo, deficiente omni alia actione, ad actionem de dolo confugiebat. Pomponius aliud vidit remedium, præſcriptis verbis actionem adverſus Sejum, quæ ſi per inopiam debitoris inutilis eſſet, eo demum caſu de dolo actionem, ut extremum remedium dabat. Autumnus hoc etiam negat, Actionem præſcriptis verbis heic convenire, quod ait Pomponius, Labeonem corrigens, etſi Ulpianus Pomponio adſentitur. Non eſſe vero ſimile, dicit Autumnus, Labeonem juris peritiſſimum, vim & naturam actionis præſcriptis verbis ignoraſſe. Nec me movet, *addit*, ratio & auctoritas Cujacii, qui non animadvertit, legem *ſi oleum*, cæſam & truncatam eſſe à Triboniano. Quâ parte non docet, neque rationes addit tam magiſtralis Cenſuræ, niſi quod præſcriptis verbis actio non conveniat; *quæ competit, quoties Civile negotium eſt*, inquit, *& ubi de faciendo ab utroque convenit; non ergo ex conjecturis & opinionibus ſed ex conceptis & præſcriptis verbis agendum eſt.* Sed Autumnus ipſe non videtur animum advertiſſe ad id, quod eſt certiſſimum, Actionem præſcriptis verbis aliam eſſe ordinariam, quæ datur è Civili negotio certis faciendi vel non faciendi terminis, adeoque è contractibus innominatis, aliam verò extraordinariam, quæ in ſubſidium ex æquo & bono variis negotiis accommodatur, ut probatur ex *l. 5. §. 2. l. 19. §. 2. d. Precar junct. l. 14. eod. l. 27. in pr. d. Præſcript. verb. l. 52. d. Contrah. empt.* dix. in *Prælect. de Præſcript. verb. n. 7.* Nec eſt dubium, quin ad hanc latius acceptam præſcriptis verbis actionem Pomponius & Ulpianus reſpexerint. Autumnus vero dicens hanc actionem non dari ex opinionibus & præſumptionibus, ſed è conceptis & præſcriptis verbis, videtur ad concepta & præſcripta à partibus verba reſpicere; quid enim aliàs velit oppoſitio conjecturæ non video: Sed hoc ſcio; *Præſcriptis* verbis actionem ita dici à conceptione verborum, non quam partes fecerant, ſed quam JurisCti præſcribebant litigantibus in negotiis, de quibus non erant formulæ ſolennes publicè præſcriptæ, ut probavimus in *Prælect. ad Tit. ff. de Præſcript. verb.* cujuſmodi præſcriptiones æquè à JCtis dari poterant in extraordinariis & vagis, quam in ordinariis & certis actionibus, ſiquidem ad circumſtantias & ſingularia cujuſque facti adhiberi ſolebant. Ac ideo nihil inde contra Pomponium argumenti colligere poteſt Autumnus; quem & omnino irritum eſſe in hunc locum Cenſuræ ſatis apparet.

Ulpia-

Ulpianus Lib. XI. ad Edict.

Merito cauſæ cognitionem Prætor inſeruit; neque enim paſſim hæc actio indulgenda eſt: nam ecce imprimis ſi modica ſumma ſit l. 9. § ult. d. Dol. mal.

Paulus Lib. XI. ad Edict.

Id eſt, uſque ad duos aureos. l. 10. eod.

Ulpianus Lib. XI. ad Edictum.

Non debet dari l. 11. in pr. eod.

1. Exemplum eſt artificii, quo concinnatæ ſunt Pandectæ, aliquanto ſubtilius, quam neceſſe fuiſſet. Verum hæc tamen non eſt ratio Cenſuræ, quam huic loco intentat idem Autumnus, *in cenſura ſuâ Gallicâ.* Putat actionem de dolo non minus ob rem modicam fuiſſe dandam, quam actiones furti & de vi bonorum raptorum licet æque vel magis famoſas, ob res modicas non negari conſtat, ut eſt nota doctrina ex §. *Gallinarum Inſt. de A.R.D. l. 5. §. 6. l. 44 d Furt.* in quam rem laudat ex Cujacio, Juliani Antecеſſoris Conſtantinopolitani in *Nov. 69.* dictum. *Quamvis res, de quâ agitur, inquit, minima videatur, tamen juſta ratio non ex quantitate, ſed ex ſuis regulis æſtimari debet: Nam quod aliis viliſſimum eſſe videtur, hoc aliis pretioſum eſt.*

2. Reſponſio è rerum diverſitate petenda; Si nulla quam delicti ratio in cenſum veniret, non eſſet idonea ratio, quæ Prætorem moverit, expoſita ab Ulpiano *h. l. 9.* Nam quicquid odioſi eſt in actione de dolo, propter quod Prætor voluerit parci hominum famæ, id aliquanto clarius & fortius eſt in actione furti, rapinæ & injuriarum; quas tamen ob quaſlibet ſui generis cauſas etiam modicas dari conſtat. Reſpondemus breviter; In his actionibus non eſt alia parti læſæ copia agendi, quam ex ipſo delicto, quod perpetratum eſt. In caſu doli, quem hic, ut in contractibus verſatur, conſideramus, ſæpe datur actori alia facultas agendi è contractu, æquipollens actioni de dolo; proinde à caſibus, in quibus non eſt electio, non recte argumentatur Autumnus ad caſum alternativæ facultatis. Prætor noluit, inquam, de dolo actionem dare, ob rem modicam, quia poterat actorem remittere ad actionem ex ipſo negotio ordinariam & non famoſam, de rapinâ furtoque dari debuit ipſa furti & vi bonorum raptorum actio, quia non poterat aliter agi, nec prætor aliud remedium ſuppeditare poterat. Accedit alia ratio, quod omnis reſtitutio in integrum eſt actio extraordinaria, per quam reſcinditur actus per ſe Jure Civili validus; quod ob rem minimam publicæ vigor diſciplinæ fieri non patitur. Unde Calliſtratus de qualibet in integrum reſtitutione ſcribit ita; *Scio illud à quibuſdam obſervatum, ne propter ſatis minimam rem vel ſummam, ſi majori rei vel ſummæ præjudicetur, audiatur is, qui in integrum reſtitui poſtulat.*

poſtulat, *l.* 4. *d. in int. reſt.* Quod in actione doli, quæ eſt ſpecies in integrum reſtitutionis, evidentius & validius eſt; quia famoſa eſt hæc actio: propter quam cauſam, Prætor etiam noluit ei locum eſſe, niſi omni alio deficiente remedio *l.* 1. §. 4. *d. Dol. mal.* Satis liquet, immerito Prætorem hac parte reprehendi.

4. Cæterum, D. Willembachius verba Pauli in *l.* 10. *h. t.* docet eſſe mutata à Triboniano, ubi cum Paulus ſcripſiſſet, *duo millia ſeſtertiorum*, ille ſubſtituerit, *ad duos aureos.* Egimus hac de re copioſe ad *l. pen. D. in Jus voc.* Eſt enim idem locus ille communis Cenſuræ. Sed etiam hic textus argumento eſt, non habere facultatem hanc mutationis conjecturam; quia duo millia ſeſtertiorum non ſunt tam vilis & modica ſumma, ut operæ pretium videri non debuerit Prætori, ob eam, ullo modo beneficium reſtitutionis in integrum impertiri; faciunt enim ſi minimum ſumas, centum & quinquaginta florenos, vel quinquaginta Philippicos, ſive ducatones, quos vocant, aliter LX Imperiales; quæ non eſt neque fuit olim ſumma pecuniæ tam contemptibilis. Quare dicendum videtur, aut nihil eſſe mutandum in verbis Pauli, aut ſi plane dicendum eſt, cum putaſſe ſeſtertiis, ſcriptum fuiſſe videri, *ad ducentos ſeſtertios*, per ea quæ diſputavimus ad *d. l. penult.*

Ulpianus Lib. XI. ad Edict.

Quibusdam perſonis non dabitur actio *de dolo*, *ut puta liberis & libertis adverſus parentes patronoſve cum ſit famoſa*, *nec humili adverſus eum*, *qui dignitate excellet*, *vel luxurioſo atque prodigo*, *aut alias vili adverſus hominem vitæ emendatioris*, *& ita Labeo. Quid ergo eſt? In horum perſona dicendum eſt*, *in factum actionem temperandam*, *ut bonæ fidei mentio fiat. l.* 11. §. 1. *d. Dolo mal.*

1. Hanc honeſtatis reputationem & accurationem moribus hodiernis eſſe inutilem, ut nimiam & ineptam cenſent Pragmatici; inter eos Groenewegius *ad h. l.* nec aliter in Foro, etiam noſtro Juris civilis alioqui tenaciſſimo, exiſtimant, ut exemplis comperi; Liberos aut nurum nomine ſuorum liberorum adverſus ſocerum impetraſſe reſtitutionem in integrum, ex cauſa doli expreſſe commemorati, adverſus avum liberorum. Sed ego jus civile præferre non dubito, nec cauſam eſſe puto minoris erga perſonas venerabiles reverentiæ his diebus exhibendæ, quam forte olim, ſi modo curetur, ne quid ejuſmodi perſonæ lucri ex indulgentia Legum capiant, quod minime negligi indicat *lex* 12. *h. t.* Nec ſufficit, quod hodie nomen actionis non exprimitur, ut Autumnus & reliqui excipiunt; nec enim ab actionis nomine pendet hæc res; Sed in ipſâ commemoratione facti conſiſtit, quam contra perſonas venerabiles ſine doli mentione cum circumſcriptione decora fieri, non minus hodie, quam fuit olim, rationi conſentaneum eſt. Recte igitur judices ex ſententia Juris Romani hodieque facturi videntur; ſi liberos aperte contra parentes de dolo agentes, pronuntient, admittendos non eſſe, quemadmodum procedunt. Nec enim honeſtatis & quinto Decalogi præcepto, unquam præſcribitur. Indemnitatem ſuam à Parentibus actione in factum, quam Prætor iis pollicetur, conſequi poſſunt. De-

Digitized by Google

nique, mores noſtri veniæ impetrationem adhuc à liberis parentes in jus vocantibus exigunt; cauſam propter quam Prætor eam exigebat, quæ præcipue erat hæc ipſa, ne actio famoſa perſonis venerabilibus inferretur, *l.* 10. §. *pen. d. in jus voc.* negligunt, abs re & diſſolutè.

Ulpianus Lib. XI. ad Edict.

Quod ſi, deferente me, juraveris, & abſolutus ſis; poſtea perjurium fuerit approbatum, Labeo ait, de dolo actionem in eum dandam, Pomponius autem per jusjurandum tranſactum videri; quam ſententiam & Marcellus *libro* VIII. *Digeſtorum probat. Stari enim religioni debet. l.* 21. *d. Dol. mal.*

Juſtinianus Auguſtus.

Æquè ſi debitor, creditore deferente, juraverit, nihil ſe dare oportere, adhuc obligatus permanet: ſed quia iniquum eſt, de perjurio queri, defenditur per exceptionem jurisjurandi §. 4. *Inſt. de Except.*

1. Mira & abſona videtur hæc philoſophia Juris Civilis. Si quis perjurio, me jusjurandum deferente, ſe negaverit eſſe debitorem meum, in hunc quidem actio datur adhuc; pejerando enim obligatione ſe liberare non potuit: At tamen ſi conveniatur, habet exceptionem jurisjurandi, nec ſolvere cogitur; Quid ita perjurii convictus homo? *quia iniquum eſt de perjurio queri*, inquit Juſtinianus. Itane? Labeo ſanè cum videret, hanc jurisjurandi exceptionem competere debitori perjuro, ex Edicto Prætoris, & tamen intolerandum putaret, ita abire perjurium, dabat actionem de dolo, utpote ceſſante omni alio remedio. Sed Pomponius & Marcellus, & Ulpianus eorum ſententias referens aliter ſentiunt, nec hanc quidem actionem adverſus perjurum dandam putant, ratione reddita non minus inſolente, quam ex Juſtiniano audivimus; *Quia ſtandum eſt religione*, manifeſti ſcilicet perjurii. Quin vero, dicas merito; danda eſt actio in perjurum, quia iniquum eſt, perjurium illi eſſe præſidio, & religionem improbe violatam ipſi prodeſſe ad eludendam repetitionem. Non omittit hunc locum Cenſor Autumnus; ſed gravius intonat Groenewegius ad *l.* 1. *C. de Jurejur. Futiles*, inquit, *mehercule tantiſque Juris Conſultis indignæ rationes, quas equidem non ſine animi indignatione legere atque expendere potui. Sceleſtum enim perjurium contemptu religionis præſtitum, Religio vocari non meruit.* Simul occupat defenſionem Juris auctorum; quod ſufficiat perjurii pœna. *l.* 22. *h. t.* quæ tamen nuſquam certa traditur, imo ad Deum vindicem remittitur in *l.* 2. *C. de Jurejur.* ubi *Jurisjurandi contempta religio ſatis Deum ultorem habet*, inquit Alexander Imperator. At hunc quidem textum ordini ſuo relinquemus. Non *ſufficit* hoc, ait Gronewegius, *ad civilem de dolo ſaltem actionem tollendam*, quam Labeo dictabat, *ne cui ex tam improbo deteſtandoque delicto impium ſibi lucrum afferre Legibus concedatur.* Nec dubitat ille, quin hodiernis moribus Labeonis ſententia valere debeat, conceſſâ hoc caſu in integrum reſti-

reſtitutione ex cauſâ doli, quomodo à Senatu Sabaudico judicatum refert Anton. Faber, ad *tit. C. de Jurejur. def.* 2. & 24. Quin huc etiam plerique trahunt Juſtinianum in *l. ult. C. h. t.* ubi ſtatuit, eum qui perjurio meruit legatum, quaſi teſtamento ſibi relictum, de quo heres ei jusjurandum detulerit; ſi dein approbatum fuerit, ei nihil eſſe relictum, ab illo repeti poſſe Legatum aut fidei commiſſum, *ne ullum ex ejusmodi perjurio lucrum ei accedat*, ait Imperator; quam rationem ut generalem omnibus ejuſmodi perjuriis applicandam plerique cenſent Pragmatici.

2. Mirum, ni ſuccumbere oporteat tam vehementi juſtæque Cenſuræ, cavendumque ne in vetus illud impingamus, μέχρι τῶν βωμῶν, ne ultra aras: Nec eſt dubium, quin ingenua Confeſſio præferenda ſit ancipiti Patrocinio. Verum enimvero, quod præjudicium antehac à Romana gravitate ſummâque religione jurisjurandi obtendimus Cenſuræ, in id quod actio non detur ex jurejurando in *l.* 7. §. 16. *d. Pact.* id hic repetere licet; non videri illos temere in re tanta egiſſe, ut tam atrocem mereantur Cenſuram. Quid vero, ſi defenſionis caput ex ipſis ſacris petamus? Auctor ad Hebræos, πάσης ἀντιλογίας πέρας εἰς βεβαίωσιν ἀνθρώποις ὁ ὅρκος. *Jusjurandum hominibus ad deciſionem omnis controverſiæ finis eſt:* Loquitur de Jure tum apud Romanos opinor, recepto nec Hebræis incognito. *cap.* 6. *v.* 16.

3. Quæ ſit hujus Juris ratio, poſito Lector præjudicio velim exiſtimet, é facti ſpecie quam ſubjeci; Petiiſti centum à Titio, quos tibi deberi putabas; Ille negabat, aut ſolutum adfirmabat. Tu probationis inopiâ laborans jusjurandum ei detuliſti, quod hac lege fit; Si jures te nihil debere, ego nihil à te peram. Ille jurat, dein reperitur inſtrumentum probationis contrariæ. Jam rurſus eum convenis. Ille excipit, Tu facis improbe contraque fidem datam. Promiſiſti te non petiturum, ſi jurarem; juravi, impleta eſt conditio; Non habes igitur quod petas, & eſt iniquum te renovare litem jurisjurandi religione finitam. Sic res eſt; Ita veteres cenſuerunt, eum quid detulit jusjurandum adverſario, quod hic præſtiterit, non eſſe amplius audiendum, habere quod ſibi imputet. Tranſegit cum adverſario ſub Lege jurisjurandi *l.* 2. *d. Jurejur.* Atqui tranſactionem propter inſtrumenta noviter reperta retractare non licet, idque non reprehenditur, tam favore finiendarum litium, quam quod ſuâ voluntate quiſque de jure ſuo recedere poteſt *l.* 19. *C. de Tranſact.* Hæc omnia ſunt in delatione jurisjurandi, Conſenſus, renuntiatio, Juris ſui in alterum tranſlatio, denique favor litium finiendarum. Non favor perjurii, ne quis erret, ut Juris conditores ſatis indicant, in ſubjecta incontinenti Lege 22. *h. t.* de pœnâ perjurii qua mulctandus ſit is qui temere juravit. Quæ pœna licet in genere qualis eſſe debeat, ſancita non ſit, eſt tamen aliqua, duntaxat extraordinaria; Sic enim pejerans fuſtibus caſtigatur in *l.* 13. §. *ult. d. Jurejur*, cum elogio à lictore inclamato, ἀσκεπτῶς μὴ ὄμνυε, *Temere ne jurato.* Adde *l. ult. D. Stellion. l.* 41. *C. de Tranſact.* & *l penul. C. de Dignit.* Sed occupanda eſt objectio; Tranſactio propter dolum reſcinditur *d. l.* 19. perjurium eſt dolus. Reſpondetur, dolum tranſactioni cauſam dantem, eam reſcindere: Perjurium heic ſupervenit; Nam delatio jurisjurandi eſt loco tranſactionis, quæ facta eſt ſine dolo, dolus in ipſo jurejurando commiſſus eſt.

4. His bene perpenſis, cum nihil quam pecuniarium damnum creditori ex

Digitized by Google

voluntate ſuâ injungatur, non videtur improbandum, quod hae de re Juris Auctores ſtatuerunt, & quod Imperator Antoninus repetit in *l. 1. C. de reb. Cred. Cauſa*, inquit, *jurejurando ex conſenſu utriuſque partis, vel adverſario inferente, delato & præſtito, vel remiſſo deciſa, nec perjurii prætextu retractari poteſt, niſi ſpecialiter hoc Lege excipiatur.* Cujuſmodi ſpecialis exceptio, quicquid in diverſum pragmatici velint, eſt in *l. ult. C. de reb. cred. & Jurejur.* Quanquam à diſciplina recentiore temporum & à ratione comparatâ juſtitiæ, fateor haud alienam eſſe Labeonis ſententiam, de actione doli mali hoc caſu ad perjurium extendendâ: nulla tamen juſta, ut videtur, in Jus Romanum Cenſuræ cauſa datur. Sæpe enim fit, ut actus iniquus certos juris effectus habeat, ſine præjudicio pœnæ, quam Lex ſecundum ordinem infligit. Qui agrum alienum, invito domino, venandi causâ ingreditur, rem facit illicitam, *l. 16. d. Servit. R. P.* nihilominus feram captam facit ſuam §. *Apium* 14. *Inſt. de A. R. D* at tamen injuriæ pœnam luere debet *l. 12. d. Injur.* Qui in furto vel ſtupro deprehenſus & coactus aliquid dedit, ſolutum repetere poteſt; at pœna Legum nihilo ſecus tenetur *l. 7. §. 1. Quod met. &c.* Qui mala fide purpuram alienam ſuo veſtimento adjunxit, hic fit dominus purpuræ, at de furto nihilominus tenetur §. 26. *Inſt. de A. R. D.* & ſimilia *paſſim.*

Ulpianus Lib. xi. ad Edict.

Hoc edictum Prætor naturalem æquitatem ſequutus propoſuit, quo tutelam minorum ſuſcepit; Nam cum inter omnes conſtat, fragile eſſe & infirmum hujuſmodi ætatium conſilium & multis captionibus ſuppoſitum, multorum inſidiis expoſitum; auxilium eis Prætor hoc Edicto pollicitus eſt, & adverſus captiones opitulationem l. 1. in pr d. Minor. Et mox; *Apparet, minoribus annis* XXV. *eum opem polliceri: Nam poſt hoc tempus compleri virilem vigorem conſtat.* §. 2. *d. l.* 1.

1. Videndum, an hujus Edicti ſententia eum reliquis in Jure traditis & moribus Romanorum ſatis conveniat. Togam virilem ſumebant adoleſcentes Romani anno tum XVII. ex inſtituto Servii Tullii apud Gellium *l.* 10. *Noct. Att. c.* 28 tunc ad forenſia quælibet, ad poſtulandum in judicio *l. 1. §. 3. d. Poſtul.* & ad res ſuas adminiſtrandas, nullis ſubjecti Tutoribus aut Curatoribus, admittebantur, ut probavimus in *l. 3. Digr. c. 15.* Quo pacto cum jure congruit, quod heic fragile & infirmum hujuſmodi ætatis conſilium eſſe dicitur; quod contractus eorum adeo facile reſcinduntur, neque tamen iidem Curatoribus ſubjiciuntur? Nam hoc ante Divum Marcum nonniſi prodigis, neque dein extra illum caſum, invitis unquam fuiſſe injunctum in *d. cap. 15. & ſeqq.* abundè probavimus Et tamen ipſe Juſtinianus Imperator, qui tam diſerte, ne ſuo quidem tempore, invitos adoleſcentes accipere Curatores adfirmat, uno ſpiritu fatetur, eos, licet puberes ſint, adhuc tamen ejus ætatis eſſe, ut ſua negotia tueri non poſſint, in *pr. & §. 2. Inſt. de Curator.* quæ dicta à nonnullis Cenſoribus ut contradictoria illi objiciuntur.

2. Hæc res in cauſa fuit, ut multi clarique Juris Interpretes in eam conceſſerint

rint opinionem, Adoleſcentes Romanis Legibus invitos accipere Curatores, idque invito Juſtiniano in *d.* §. 2. At hoc à nobis copioſe refutatum eſt in *d. cap.* 15. *& ſeqq. lib.* 3 *Digreſſ.* Et ſi maxime controverſum id eſſe queat inde à tempore Marci Philoſophi, qui primus auctor fuit, Curam in adoleſcentes, etiam ſine cauſa dementiæ vel prodigentiæ ſanciendi, de omni tamen ante Marcum tempore, non eſt dubium, quin nec adoleſcentes fuerint ſapientiores quam poſtea, neque tamen ſubjecti Curatoribus, ſed ad Civilia quælibet officia admiſſi fuerint, & nihilominus à Prætore cæteriſque judicati ſint inepti ad res ſuas adminiſtrandas, quæ ſatis inepta imo contraria eſſe videntur.

3. Ad hæc ratio ſic eſſe videtur. Etſi ſeptemdecim annorum adoleſcentes ad quaſdam publicas functiones admoti fuerint, à Prætore tamen eoſdem rebus ſuis ſine ullâ cautione gerendis merito reputatos eſſe non idoneos, quia difficilius eſt, majoriſque prudentiæ, res privatas, omnis generis contractus, cum verſutis & callidis hominibus inire, tractare, quam poſtulare in judicio vel militare. Nec enim magiſtratus & ardua Reipubl. negotia recentibus & feſtinatis ejuſmodi viris committebantur. Verum eſt, eos poſita puerili ſumtaque virili toga non fuiſſe publicæ curatorum auctoritati ſubjectos; utpote, qui in ſuam tutelam veniſſent, neque lex XII. tabularum, poſt tutelam, aliud publicum ætatis patrocinium inſtituerat. Quod tamen à lege primitus omiſſum, id à Prætore, cujus ad hoc comparata fuit jurisdictio, ut antiqui juris defectus ſuppleret, haud fuit neglectum; ut in hoc Edicto factum videmus. Quotidianæ autem adminiſtrationis Agnatos & gentiles adoleſcentum inſpectores fuiſſe, non eſt dubium: Quibus ſi non auſcultarent, in promptu erat interdictio bonorum; Quam iis temporibus frequentiorem fuiſſe, quam deinceps, ex eo probabile eſt, quod Divus Marcus, ut eſt *in ejus vita*, rem quæ jam coeperat eſſe in uſu crebro. fecit honeſtiorem; ut petitio Curatorum fieret *non redditis cauſis*, ut ſcribit Capitolinus & nos probavimus *in d. lib.* 3. *Digreſſ. c.* 17. ne ſcilicet, opus eſſet allegari dementiam vel luxuriam; ſed minores annis XXV. hoc ipſo, quod minores eſſent, petere poſſent Curatorem, cum neceſſitate muneris publici. Sic ſatis *civiliter*, niſi fallor, uſum togæ virilis anno ætatis XVII, & defectum ordinariæ Curatorum poteſtatis, cum declaratione Juris auctorum, de incapacitate minorum annis XXV. res ſuas gerendi conciliari videtur.

4. Poſtremo, non eſt reticendum, plures populos hactenus à Romanorum judicio diſcrepare, quod virilem vigorem aliquanto celerius ad fiduciam ſua negotia adminiſtrandi matureſcere opinantur, quam anno demum vigeſimo quinto impleto; ſufficiente illorum arbitrio viginti, aut unius & viginti annorum ætate: qua de re *diximus in Prælect. ad h. t. à pr.* Vel ſicubi à definitione juris Romani, certo jure non ſit receſſum, uſu tamen ipſo diverſum recepiſſe videntur, negatâ vix ulli, vigeſimum ætatis annum egreſſo, venia ætatis, qui modo in latitudine frugi hominum cenſeri poſſit; aliter ac Romani Imperatores, qui talia Conſulum vel Præſidum decreta, quaſi ambitioſa improbarunt; ipſi autem, vindicata ſibi hac poteſtate, perraro minoribus rerum ſuarum adminiſtrationem extra ordinem indulſerunt, eoque jure utendum eſſe declarant in *l.* 3. *in pr. d. t. de Minor.*

Ulpianus Lib. xi. ad Edict.

Sed utrum ſolis patribusfamiliarum, an etiam filius familiarum ſuccurri debeat, videndum. Movet dubitationem, quod, ſi quis dixerit etiam filiis familiarum in re peculiari ſubveniendum, efficiet, ut per eos etiam majoribus ſubveniatur, id eſt patribus eorum: quod nequaquam fuit prætori propoſitum: prætor enim minoribus auxilium promiſit, non majoribus. Ego autem veriſſimam arbitror ſententiam exiſtimantium, filiumfamilias minorem annis integrum reſtitui poſſe ex his ſolis cauſis, quæ ipſius interſint: puta ſi ſit obligatus. Proinde ſi juſſu patris obligatus ſit: pater utique poterit in ſolidum conveniri: filius autem (cum & ipſe poſſit vel in poteſtate manens conveniri, vel etiam emancipatus, vel exheredatus, in id, quod facere poteſt: & quidem in poteſtate manens, etiam invito patre, ex condemnatione conveniri) auxilium impetrare debebit, ſi ipſe conveniatur. Sed an hoc auxilium patri quoque proſit, ut ſolet interdum fidejuſſori ejus prodeſſe, videamus, & non puto profuturum Si igitur filius conveniatur, poſtulet auxilium: ſi patrem conveniat creditor, auxilium ceſſat, excepta mutui datione: in hanc enim, ſi juſſu patris mutuam pecuniam accepit, non adjuvatur. Proinde & ſi ſine juſſu patris contraxit, & captus eſt: ſiquidem pater de peculio convenitur, filius non erit reſtituendus: ſi filius conveniatur, poterit reſtitui. Nec eo movemur, quaſi interſit filii peculium habere. Magis enim patris, quam filii intereſt: licet aliquo caſu ad filium peculium ſpectet: ut puta ſi patris ejus bona à fiſco propter debitum occupata ſunt: nam peculium ei ex conſtitutione Claudii ſeparatur. l. 3. §. 4 d. Minor.

1. Diu fuit otium à cenſuris Antonii Fabri. Tres tituli tranſierunt ἀσύμβολοι. Nunc verò totus hic verſiculus, inquit, *Excepta mutui datione: In hac enim ſi juſſu Patris mutuam pecuniam acceperit, non juvatur*, irreptitius eſt, ex gloſſa alicujus Interpretis. Niſi quis probabilius putet, Tribonianum in hoc quoque §. ut alibi ſæpe, violentas intuliſſe manus Ulpiano, adeo ut majorem hujus §. partem à verſu *Proinde*, uſque ad *Nec eo movemur*, velit *eſſe* ἔμβλημα Triboniani, ſatis male concinatum Faber. Sic ille. De merito hujus cenſuræ ut exiſtimetur, ſententia §. ὡς κεῖται, breviter enuncleanda. Reſtitutio facienda eſt ita, ut ſolis minoribus proſit, non aliis per illos, nequidem patri per filium minorem. Et tamen quotieſcumque filiusfam. minor eſt obligatus & ejus intereſt, ipſe reſtituitur. At ſi juſſu Patris obligatus ſit, hic quod juſſu actione tenetur in ſolidum. Nec tamen ipſi filio qui contraxit, & conveniri poteſt, negatur auxilium reſtitutionis. Quod tamen Patri *directè* non prodeſt, etſi fidejuſſor aliquando per reſtitutionem rei principalis adjuvatur. Unde concluſio, filium, ſi conveniatur, reſtitui; Patrem ex ſuo juſſu conveniri ceſſante reſtitutione. Sed exceptio de Mutui datione habet difficultatem: *In hanc, ſi juſſu Patris mutuam pecuniam accepit, non adjuvatur:* male ſubjicitur hæc exceptio proxime antecedenti poſitioni, ubi, *auxilium ceſſat*. Ergo hæc verba, *ſi Patrem conveniat creditor, auxilium ceſſat*, ur in Parentheſi accipienda ſunt. Exceptio referatur ad priorem poſitionem; *ſi filius conveniatur, poſtulet auxilium.* Excipitur caſus mutui juſſu

Digitized by Google

Patris accepti, de quo filius ſine reſtitutione teneatur: Cum alioqui notum ſit, ex Sc. Macedoniano, de Mutuo filiitam. agi non poſſe. Cur igitur cum filius qui juſſu Patris contraxit lege non prohibente ſi conveniatur, habeat reſtitutionem, amitit eam, ſi juſſu Patris mutuum acceperit & conveniatur? Cujacius *ad h. t.* id in favorem creditorum placuiſſe putat, *ut eatenus ſaltem ſublevarentur, qui alias Senatus C. Macedoniano ſatis opprimantur*; quod & ſignificetur in *l.* 2. *C. De filiofam. minore*, in verbis; *Nec juſſu ejus, nec contra Senatus conſultum contractum eſt.* Sed hanc rationem Faber concoquere non poteſt, & Bachovius *ad h. t. c.* 11. *n.* 2. qui pleraque Fabriana concoquere non poteſt, hanc Cujacii rationem merito *ineptam & nullam* à Fabro dictam ſcribit: Quæ verba in Fabro non repperi. Sed Bachovius addit rationem contrariam; *Neque enim ſanctiſſimo Senatusconſulto dicendi ſunt opprimi creditores*, inquit. Neque tamen ego Bachovianam rationem concoquere poſſum, qui verba *non adjuvatur*, intelligi vult ita, quod filius non reſtituatur eo quod ipſo jure tutus ſit, nec egeat auxilio. Itane, qui tutus eſt omnino & ipſo jure, dicetur *non adjuvari*, idque in contextu, ubi nonniſi de actuali reſtitutionis beneficio competente vel ceſſante agitur? Cavillatio inepta & incivilis. Satius eſt, ne cum Fabro diſcerpere opus ſit textum, Cujacii rationem adjuvare. Senatus conſultum Macedonianum eſt in odium creditorum *l.* 1. *d. Sc. Mac. l.* 40. *ad Sc. Vellej.* qui pecuniam filiofam. creditam amittunt. Humanum eſt, hoc odium aliqua parte lenire. Filius è contractu inito patris juſſu conventus ipſe, regulariter reſtituitur, eo quod ipſius interſit non condemnari, ut in *majore hujus §. parentheſi* exponitur. Sed de mutuo juſſu Patris accepto conventus, non modo Senatusconſultum Macedonianum ceſſat, ſed nec ob ætatem reſtitutionis beneficio creditor eluditur, quia damnum in eventu ad patrem cujus eſt peculium pertinet. Verum eſt, filii quoque intereſſe, habere peculium; Sed non eſt iniquum creditori adverſus illud leve commodum filiifam. qui juſſu patris accepit pecuniam, ſuccurri. Nec hujuſmodi exceptionem admittere tantum eſt malum, quam textum urere & ſecare cum Fabro. Cujus rationes partim cavillatoriæ, quibus nulla lex agitari non poteſt, partim falſæ, ut hæc; Ait textus, *Si patrem conveniat creditor, auxilium ceſſat.* Faber, *Imo quidni convento etiam Patre dabimus filio reſtitutionem* Contra actionem adverſus Patrem motam? Falſum id quidem. An Filio ut ipſe liberetur adverſus actionem futuram? Sed hac de re non agitur in his verbis; Præter quod & Bachovius haud temere negat, eo reſpectu opus eſſe reſtitutione filio, quod cum eadem res ſit eademque præſtatio, qua Pater & Filius obſtricti ſunt, altera actio per alteram conſumatur, per *l.* 4. *§. ult. Quod cum eo qui in al. pot. l.* 1. *§.* 1. *Quod juſſu. l.* 13. *d. Inſt. act. l.* 9. *§.* 1. *d. Tribut. act. §. I. Quod cum eo qui in al. pot.* Faber; Denique pro illis verbis, *ſi filius conveniatur, poterit reſtitui*, debuerat potius ſcribi; *Si filius poſſit conveniri, erit reſtituendus.* Quia non ſolum ſi conveniatur, ſed & prius quam conveniatur, reſtitutio competit. Alioqui reſtitutio in integrum nunquam proponeretur, niſi per viam exceptionis, cum tamen certum ſit, poſſe illam proponi, etiam per viam actionis *l.* 9. *§.* 3. *Quod met. c.* Quaſi non plerumque ſicuti à potiori ſit denominatio, ſic etiam uſus rei præcipuus, cum res obiter memoratur, exprimatur, reliquo uſu tacite intellecto.

Præci-

Præcipuum eſſe reſtitutionis uſum & longe præcipuum, quando movetur actio, quis negat; aut quis expectat, ut quoties reſtitutio memoratur, omnis ejus uſus exprimatur? Quin hoc animadvertendum fuiſſet in Ulpiano, ſi ita ut Faber vult, ſcripſiſſet; Nam uſum minus principalem poſuiſſet, ordinarium vero diſſimulaſſet. Cur non Faber emendat hoc modo, *ſi filius conveniatur*, *aut conveniri poſſit*, *erit reſtituendus*? Tum plenè ſcripſiſſe videretur: Sed apage nugas hypercriticas. Faber. Sed quod omnium maxime me movet; illud eſt: *inquit*, quod ſequens verſiculus, *nec eo movemur*, quem nos Ulpiani eſſe admittimus, neceſſario referendus eſt ad verſic. *ego autem veriſſimam.* Unde quicquid intermedium extat, id ſpurium eſſe colligit: Imo nec ipſum priorem verſum: *Ego autem veriſſimam*, ſatis ferre poteſt (adeò intonat criſi ſua) latinum an ſit, *quæ ipſius interſunt*, quod ibi ſcriptum eſt, Quaſi diverſum hoc ſit à Ciceroniano *ad Qu. Fr. Hoc* vehementer *intereſt Reipubl.* nec tam dicere liceat; *hæc interſunt Reipubl.* quam hoc intereſt Reipublicæ; vel, Quid *intereſt ejus* aliud ſit, quam Quæ *interſunt ipſius.* Ad rem ipſam, non utar eo quod Bachovius adfert, ejuſmodi connexionum argumenta non habere locum in fragmentis à compoſitiobus & variis membris, ut ſint textus Pandectarum, collectis. Nego verſum; *Nec eo movemur*, minus bene cohærere cum proximè antecedentibus quam cum verſu *Ego autem.* In proximo fuit ita; *Si quidem Pater de peculio conveniatur*, *filiusnon erit reſtituendus.* Huic ſubjungitur; *Nec eo movemur*, *quaſi interſit filii peculium habere.* Eſt objectio, Cur filius non reſtituitur, ubi Pater de peculio convenitur, cum utique ejus interſit, habere peculium? Ad quam objectionem reſpondetur *in ſequentibus.* Inſtat Faber: Non poteſt fieri, quod Tribonianus agit *in emblemate ſuo*, ut reſtitutio filii proſit Patri; Ut illa quæſtio, *an hoc auxilium Patri quoque proſit*, nonniſi inepte & falſo intexta fuerit, *ait*, idque Ulpianum in priori parte hujus §. docuiſſe demonſtrat. Quod quidem poſterius falſum eſt; Ulpianus enim hoc, ut rationem dubitandi, quam tamen repudiat, propoſuit. Nec verum eſt, eo quod filius reſtituitur, Patrem liberari obligatione juſſionis. Reſtitutio enim non tollit aliam obligationem, quam ejus qui reſtituitur, nec aliis nequidem ipſi Patri prodeſt, ut per totum *hunc* §. docetur, & firmat *l.* 1. *C. de Fidejuſſ. Minor.* Sed Faber probat contrarium ex *l.* 27. *in pr. h. c. Patri pro filio omnino præſtanda reſtitutio eſt*, *licet filius reſtitui nolit*, *quia Patris periculum agitur*, *qui de peculio tenetur.* Multo magis igitur ſi filius reſtituatur; id Patri proderit. Hæc objectio ita Bachovium conturbat, ut exitum non inveniat, niſi pari audacia, qua Faber nodos ſecat, *d. l.* 27. ab interprete, vel à Triboniano corruptam aut ſubornatam dicat, etſi dein, aliam tentet reſpondendi viam. Mihi cur tam deſperata ſit hæc difficultas, non ſatis liquet. Agitur enim in *h. l.* 4. §. 3. præcipue de contractu à filio juſſu patris inito. Ex hoc conventus minor filius reſtituitur, nec ideo pater vi juſſionis eximitur. In *l.* 27. juſſus patris abeſt. Filius ex ſuo contractu in ſolidum convenitur, & perverſa generoſitate non vult implorare beneficium reſtitutionis. Hoc pater, in quem redundat periculum impetrare poteſt, quod impetraret, ſi juſſu ejus contractus initus fuiſſet. Dixeris; in ipſo §. 4. *l.* 3. ſub finem agitur etiam de contractu ſine juſſu patris inito, quod eſt verum; Sed ibi non negatur, Reſtitutionem filii prodeſſe pa-

tri;

Digitized by Google

tri, credo, ſi contractus filii reſciſſus ſit per reſtitutionem ipſi indultam, Patrem de peculio non poſſe conveniri; nullum enim hujus actionis aliud fundamentum eſt, quam contractus filii. Idque ab initio diximus, Reſtitutionem filii non prodeſſe Patri directè; per conſequentiam quominus proſit, quatenus peculium manet ſuperſtes, impediri non poteſt. Diſcrimen inter contractum filii juſſu Patris & ſine juſſu initum tenet etiam Cujacius, quem refellit Faber eo, quod Actio quod juſſu non ſit actio per ſe, verum acceſſoria contractus filii. Quod verum eſt, quod ad formam agendi, in qua Juſſus mentio adjicitur actioni è contractu, quem filius inivit. Principium tamen & fundamentum agendi contra patrem, qui juſſit, validius eſſe, quam ſi Pater non juſſerit nemo negare poteſt, idque in hoc negotio ſufficit, qua parte Bachovius acriter etiam contra Fabrum, & nimis acriter; quia ſi minus vere, ſubtiliter tamen & probabiliter ſatis hac de re diſputat.

Ulpianus Lib. VII. ad Edict.

Sed quod Papinianus libro ſecundo reſponſorum ait, minori ſubſtitutum ſervum neceſſarium, repudiante quidem hereditatem minore, neceſſarium fore, & ſi fuerit reſtitutus minor liberum nihilominus remanere, ſi autem prius minor adiit hereditatem, mox abſtentus eſt, ſubſtitutum pupillo ſervum cum libertate, non poſſe heredem exiſtere, neque liberum eſſe: non per omnia verum eſt. Nam ſi non eſt ſolvendo hereditas, abſtinente ſe herede, & Divus Pius reſcripſit, & Imperator noſter, & quidem in extraneo pupillo, locum fore neceſſario ſubſtituto. Et quod ait, liberum manere, tale eſt, quaſi non & heres maneat, cum pupillus impetrat reſtitutionem, poſtea quam abſtentus eſt. Cum enim pupillus heres non fiat, ſed utiles actiones habeat, ſine dubio heres manebit, qui ſemel extitit. l. 7. §. 10. d. Minor.

1. Faber; Verba quæ ſub finem hujus §. habentur, *poſtea quam abſtentus eſt*, ſunt imperiti interpretis. Nam Papinianus non fuerat locutus de pupillo aut minore *Suo*, ſed de extraneo, qui proinde ſe non abſtinere ſed repudiare dicitur; quod probant verba illa; *Repudiante quidem hereditatem minore*. Cur ergo non ait, etiam imperiti interpretis eſſe verba, quæ ſequuntur hæc ultima: *Si autem prius minor ADIIT hereditatem*, MOX ABSTENTUS EST. Adire & Repudiare ſunt correlata, non abſtinere regulariter. Extranei enim adeunt & repudiant; Sui miſcent vel abſtinent ſe. Verum in Juriſconſultis qui ſcholaſticam accurationem illam ubique putant exigendam, nihil agunt. Cum ex profeſſo de certis materiis agunt, ſervant terminos; Sed cum alias obiter de rebus iiſdem loquuntur, anomaliis & catachreſibus gaudent, ut modo ſtricte ac in terminis, modo laxius & populariter iiſdem vocibus utantur. Hujus rei toto jure tot obvia ſunt exempla, ut ſine tædio referri non poſſent. Quid magis oppoſitum eſt terminis, quam Jus Civile & prætorium, quam reſcindi & nullius momenti eſſe, quam communes & publicas res? & tamen hæc ſæpe communiantur. Verbum paſſivum *abſtentus eſt* hic placuit potius, quam *repudiavit*, quia pupillus & minor ipſi non agunt, ſed ab aliis adhibentur agendo. Pupillus non re-

pupillus propriè, licet heres extraneus, ſed tutor repudiat pro illo. Et quia Pupillus hic ipſe memoratur; neque Repudiandi verbum illi paſſive applicari poterat; hinc abſtentus eſt, è calamo fluxit. Papiniani Argumentum Textus reliquum ad Eunomiam non pertinet. Obiter, obſerva ſis *l. In cauſa* 13 *h. t.* ubi dubitanter, *oratione ſuſpenſa*, phraſis, *unde tractari poteſt* aliaque Fabro toties ut Tribonianæa, cum in mentem ei venit, animadverſa, hoc loco nihil ipſi quam Ulpianæum ſapiunt.

Ulpianus Lib. xi. ad Edict.

Idem Pomponius, in pretio emptionis & venditionis naturaliter licere contrahentibus ſe circumvenire l. 16. §. 4. d. Minor.

1. Hic unus eſt è locis palmariis, quæ ſecundo Iuris præcepto *Tribuendi ſuum cuique*, vel ut D. Anton. Matthæus vult in *diſp. fundam. jur. 9. th.* 3. Præcepto tertio *Alterum non lædendi* repugnare dicuntur, Non tantum, quia, ut modo vidimus, circumvenire ſit doli mali proprium, nec unquam licitum eſſe poteſt; ſed etiam quod hoc ipſum captare lucrum è commercio, *naturaliter* licere dicitur; cum, ſi aliquâ ratione defendi vel excuſari queat, hoc è jure poſitivo, non ex ſimplicitate naturali petendum videatur, ut Ariſtoteles docet 5. *ad Nicom.* 4. Ἔστι μὲν γὰρ ἐν οἷς ἄδειαν ἔδωκεν τοῦ κερδαίνειν ὁ Νόμος, οἷον ἐν τῷ πωλεῖν καὶ ὠνεῖσθαι. *Sunt nonnulla, in quibus lex dedit licentiam lucriſaciendi, veluti in emendo & vendendo.* Simplicitati naturæ conveniens eſt, ne quis ex aliena jactura commodum ſuum quærat *l.* 14 *d. condict. indeb.* quod hac circumveniendi licentia promiſcuâ fiat. Διὸ καὶ πάντα συμβλητὰ δεῖ πως εἶναι, ὧν ἐστιν ἀλλαγή. *Proinde cuncta, quorum ſit permutatio, inter ſe conferenda ſunt*, ait idem Philoſophus *c.* 5. ἐφ' ὃ τὸ νόμισμα ἐλήλυθε, *in quem uſum nummus*, inquit, *introductus eſt.* Tamen quod heic Ulpianus, idem æmulus ejus Paulus affirmat in *l. 22. §. ult. D. Locat. Quemadmodum in emendo & vendendo*, ait, *naturaliter conceſſum eſt, quod pluris ſit, minoris emere, quod minoris ſit, pluris vendere, ita in conductionibus & locationibus idem juris eſt* Videamus, quid Auctores illi voce *Naturaliter* ſignificent; *Intelligunt* ait Grotius, *quod moris poſſi n recepti eſt, lib. 2. cap. 11. n. 26.* De Iure B. & P. Magis eſt, ut τὸ *naturaliter* idem ſit, quod juris Gentium, ut per traditionem jure naturali, res nobis acquiruntur §. 40 *I. de R. Diviſ.* jure naturali, quod appellatur jus Gentium §. 11. *eod. tit.* Prorſus enim ita jure Gentium receptum eſt, ut rem minori pretio emptam pluris vendere liceat. Quod nec Ariſtoteles in *d. cap.* 5. aliter; dum æqualitatem in contractibus inculcat, τῇ μὲν ἀληθείᾳ ἀδύνατον, πάντα σύμμετρα γίνεσθαι, πρὸς δὲ τὴν χρείαν ἐνδέχεται ἱκανῶς. *Re verâ ad æqualitatem omnia redigere ex iis eſt, quæ fieri non poſſunt, at ſecundum indigentiam, id habet facultatem.* Poſtquam dixerat, δεῖ δὲ πάντα μετρεῖσθαι τῇ χρείᾳ. *Oportet omnia ſecundum indigentiam æſtimari.* Hoc igitur eſt pretium rerum, quanti quiſque uſum cujuſque rei æſtimat modo venditor indigentiam illam ſuo dolo non intendat, ut fit in monopoliis, quæ ſunt prohibita, eoque ſenſu inæqualitas rerum pro æqualitate habetur, ut probat Grotius *lib. 2. c. 11. n. 26.* Idem latius explicant Diocletianus & Maximianus

Digitized by Google

nus in *l.* 8. *C. de Reſcind. vend.* ubi; *Si contractus emptionis atque venditionis cogitaſſes ſubſtantiam, & quod emptor viliore comparandi, venditor cariore diſtrahendi votum gerentes, ad hunc contractum accedant, vixque poſt multas contentiones, paulatim venditore de eo, quod petierat, detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum conſentiunt pretium, profecto proſpiceres neque bonam fidem, quæ emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati, neque ullam rationem concedere, reſcindi propter hoc, conſenſu initum contractum.*

2. Scitis igitur, quomodo rem minoris emptam vendere liceat, idque *naturaliter*, id eſt, jure Gentium & conſenſu manifeſto generis humani liquet; etiam è præſumpto partium conſenſu. Niſi quod huic rei & toti loco ſuperius ſcripto gravius obſtat, quod Ulpianus adfirmat, emptori & venditori naturaliter licere ſe invicem *circumvenire*, quod vocabulum ingreditur doli mali definitionem *l.* 1. §. 1. *d. dolo mal.* & excludit hypotheſin conſenſus partium. Paulus hac parte prudentius, *in d. l.* 22. naturaliter ait licere, quod pluris ſit minoris emere, verum ſine τῷ circumvenire; quum heic Ulpianus *naturaliter* ſcribens in philoſophiam juris impingere videatur. Ad hæc duo regeri poſſunt: Primum, quod circumveniendi verbum reſpondeat calliditati, ut eſt in *d. l.* 1. §. 1. & in *l.* 3. §. 5. *ff. de Hom. lib. exhib.* ubi, *non ſine calliditate circumventus.* Item, *callide circumveniunt l.* 31. *d. Recept. qui arb.* Calliditas autem proprie ſignificat verſutiam ex uſu rerum multo. Callidi ſunt, quorum *animus*, ut Cicero notat *lib.* 3. *de Nat. Deor. concalluit*, quaſi callum, ut *manus opere* contraxit. Donatus ad Terent. Adelph. *act.* 3. *ſc.* 3. Callidum ait eum dici, *qui callum ſibi, uſu artis, induxerit.* Cui græcum πανουργία, quo Baſilici in *d. l.* 1. § 1. utuntur, exacte convenit. Eſt autem πανουργία, ut Stephanus interpretatur, dexteritas ad quidlibet veteratoriè agendum. Neque ſemper ad dolum malum refertur. *Callide & argute* dicere, non in vitio ponitur Oratoris, apud Ciceronem *lib.* 3. *de Orat.* Idem, *pro Cecina*, Æbutium vocat *peritum juris & callidum.* Huic interpretationi τὸ *circumvenire* bene convenit: quando quis ſine mendacio & deceptione minus peritum & prudentem emptorem ad carius emendum inducit, eo modo, ut nec aliquid contra dictum & promiſſum fiat, nec reticeantur occulta rei vitia, quemadmodum Ulpianus idem ex Edicto Ædilium Curulium eſſe prohibitum teſtatur, non minus certe naturaliter quam civiliter in *l.* 1. *d. Ædil. Ed.* Præterea, quod ſecundum eſt, *licere* non ſignificat heic, quod honeſtum & laudabile ſit, verum quod impune fiat. Si quis autem ſine mendaciis & reticentia adfectatâ, cupidum & imperitum emptorem hactenus inducat, ut is rem minoris pretii pluris emat, vel idem vitia non occulta contemnat aut non animadvertat, hæc res Jure Gentium impunita neque retractationi ſubjecta eſt, ut Grotius in *d. cap.* 11. *lib.* 2. docet, & uſu rerum hominumque indubitatum eſt. Nec ideo captari oportet vocabulum, *licet*, quaſi id honeſti reputationem approbationemque inferat; cum nihil quam permitti vel tolerari & impune, inquam, fieri ſignificet. Eſt *aliquid, quod non oporteat, tametſi licet*, ait Cicero, *pro Balbo.* Et noſter idem Ulpianus, alio loco; Si vinum ſit venditum, & dies ad metiendum ſit præſtitutus, nec intra diem emptor adſit, docet, *licere Venditori vel effundere vinum.* Mox autem; *Si tamen cum poſſet effundere, non effundit, laudandus eſt potius.* Licere videmus quod non laudetur. Ita naturaliter

etiam, hoc eſt, humani generis conſenſu, circumventio ſine apertâ fraude in emendo vendendoque permiſſa eſt, ne cujusvis inæqualitatis obtentu commercia, quibus homines carere nequeunt, quotidie turbentur, ut in *d. l. 8. C. de Reſcind. vend.* pluribus expoſitum vidimus. Ne tamen res abiret in infinitum, placuit, circumventionem ultra dimidium, ſive alterum tantum, vel quod idem, ultra duplum, reſcindi per beneficium Juris in *l. 2. C. de Reſcind. vend.* Quo pertinet, quod etiam Canonici Juris Auctores emptionem venditionem negant eſſe reſcindendam, niſi propter enormem leſionem. *C. cum dilecti 3. C. cum cauſſa 6. x. de Empt. vend.* Adde Leonardum Leſſium *l. 2. d. de Juſt. & Jur. c. 21. dubit. 4.*

Paulus Lib. 1. Sentent.

Quodſi minor ſua ſponte negotiis majoris intervenerit, reſtituendus erit: ne majori damnum accidat; quodſi hoc facere recuſaverit: tunc, ſi conventus fuerit negotiorum geſtorum, adverſus hanc actionem non reſtituitur, ſed compellendus eſt ſic ei cedere auxilium in integrum reſtitutionis, ut procuratorem eum in rem ſuam faciat: ut poſſit per hunc modum damnum ſibi propter minorem contingens reſarcire. l. 24. d. Minor.

1. Quid ſibi vult hæc ratio, *ne majori damnum accidat.* Ideone reſtituendus erit minor, quo nihil alienius eſt à reſtituendi cauſis, ut modò ad *l. 4. §. 3.* intelleximus. Quid verò & hoc eſt? *Quod ſi hoc facere recuſaverit.* Nimirum reſtitui in integrum. Quaſi verò minor ſe ipſum reſtituat, ac non potius à Prætore reſtituatur. Item, quaſi Prætor reſtitutionem offerat minori, ac non potius minor eam poſtulare debeat à Prætore. Itaque vel unica hæc phraſis (Fabri verba ſunt) hunc locum eſſe Triboniani, ut ineptum & abſurdum, ſatis oſtendit ut & cætera, quæ ſequuntur. Tanto magis, quod in libris ſententiarum Pauli, unde hic locus ſumptus dicitur, hæc ſententia non reperitur. Ergo totus hic textus à Triboniano confictus: Cui bono Faber? quid ad novi juris rationem hic inflectitur? Cur Paulo adfingitur; Cur, ſi ut novum jus valere voluit, in Codice inter radiantia Cæſaris oracula, ut loqui ſolet Tribonianus, non fuit collocatum? Ut ad ultimum Fabri argumentum primo reſpondeam. Ipſe fatetur, libros Sententiarum Pauli, quos habemus, ſatis eſſe mancos & mutilos. Ergo quid inde colligas? Cum nec alia deſint in Pandectis ex iiſdem libris deſumpta, quæ hodiè in iis non reperiuntur. Reliqua æquus lector haud ignarus quam conciſe Paulus imprimis loqui ſit ſolitus, facile boni conſulet. In præcedenti L. dixerat Paulus, minorem, qui mandatu alterius agit, non reſtitui *cum eo modo majori potius conſuleretur, cujus damno res ſit ceſſura, qui* ſibi id imputare debeat. Nunc addit, ſi minor ſine mandatu res alienas egerit, eum reſtitui, *ne majori damnum accidat*, ſine ſua culpâ quod ex præcedentibus *ἀπὸ κοινοῦ* ſupplendum. Id enim vere damnum eſt. Nam quod ſuâ culpa damnum quis patitur, non videtur eſſe damnum *l. 203. d. R. J.* Quod ſi minor reſtitutionem petere noluerit; domino cujus negotia geſſit, tenetur ad cedendum ipſi beneficium reſtitutionis. Id intelligi per verba, *ſi hoc facere recuſaverit*, qui non

videt

videt eſſe compendio dictum? Ut calumnia ſit Fabri, id non agnoſcentis in Paulo; vel tales ineptias, quales inde colligit eruditiſſimo exprobrantis Triboniano, cui eruditiſſimi elogium, ipſos adſcribere inimicos ſæpe intelleximus. Si qui tamen inter priorem verſum, *Quod ſi*, & poſteriorem *Quod ſi*, putet à compoſitoribus aliquid eſſe tranſmiſſum compendii cauſa, non erit hoc crimen Eunomicum: Nec credita id alienum neque rurſus neceſſarium eſt.

Gajus Lib. IV. ad Edictum Ponvinciale.

Si talis interveniat juvenis, cui præſtanda ſit reſtitutio, ipſo poſtulante, præſtari debet, aut procuratoribus; qui vero generale mandatum de univerſis negotiis gerendis alleget, non debet audiri l. 25. §. 1. d. Minor.

1. Quidam juvenis in diviſione hereditatis acceperat Nomina debitoris qui non erat ſolvendo, in amplius quam pro portione ſua. Profectus erat in Indiam orientalem, & Procuratorem omnium bonorum domi reliquerat, cum clauſula, ut mandatum iſtud generale ſerviret etiam in iis, quæ mandatum ſpeciale requirerent. Hic procurator vi talis mandati, petebat in integrum reſtitutionem ex cauſa minoris ætatis adverſus illam diviſionem. Negata fuit reſtitutio à Suprema Friſiorum Curia, vi & ex litera hujus textus; quia mandatum ſpeciale quod nec adeſſe poterat, deficiebat, ut retuli in *Prælect. ad tit. d. Reſtit. in int. n. 5. in fin.* Durum hoc non paucis viſum & ex apicibus juris captatoriis. Pro defenſione Juris ſcripti duo faciunt. Primo, per reſtitutionem in integrum reſcindi acta jure valida, quod non facile concedendum. Unde prætor ubique ſumma utitur circumſpectione; cujus pars eſt, ne quis prætextu mandati generalis omnia prius acta conturbet & reſcindat. Præterea ſciendum, poſſe remedium adhiberi per cautionem, dominum rem ratam habiturum, ut ſubjicit Paulus in *l. 26. in pr. h. t.* ſi de mandato ſpeciali, inquit, dubitetur. Quæ dubitationis ratio an ad hunc caſum produci potuiſſet, quia non fuit oblata illa cautio, non fuit examinatum in ea re.

Gajus Lib. IV. ad Edict. Provinc.

Adverſus eos quoque reſtitutio præſtanda eſt, quorum de dolo agere non permittitur; niſi quædam perſonæ ſpeciali lege exceptæ ſint. l. 27. §. ult. d. Minor.

1. Cujacius, Anton. Faber non contradicente Bachovio & Wiſſembachius in *Emblem.* ultima hujus hujus §. verba, *niſi quædam perſonæ ſpeciali lege exceptæ ſunt*, à Triboniano cenſent eſſe adjecta, nimium ex *l. ult. C. Qui & adverſ. quos*, ubi excipiuntur parentes & Patroni, contra quos à liberis & libertis peti non poteſt reſtitutio in integrum; cum olim quidem actione de dolo conveniri non poſſent, in integrum tamen reſtitutio ex cauſa non famoſa non negaretur. Non habemus quo ab hac emblematica obſervatione diſſentiamus: Nec in eo ullum Triboniani peccatum agnoſcimus, utpote conveniens cum inſtituto

 Impera-

Digitized by Google

Imperatoris & præcepto, ipſi Conſtitutione ſacra, quam in *princ. hujus operis* habuimus, injuncto.

Julianus Lib. XLV. Digeſt:

Si judex circumvento in venditione adoleſcenti juſſit fundum reſtitui, eumque pretium emptori reddere, & hic nolit uti hac in integrum reſtitutione, pœnitentiâ actâ, exceptionem utilem adverſus petentem pretium quaſi ex cauſâ judicati, adoleſcens habere poterit; quia unicuique licet contemnere hæc quæ pro ſe introducta ſunt; nec queri poterit venditor, ſi reſtitutus fuerit in eam cauſam, in qua ſe ipſe conſtituit, & quam mutare non potuiſſet, ſi minor auxilium Prætoris non imploraſſet. l. 41. d. Minor.

1. Minor in venditione prædii circumventum ſe putans, impetravit in integrum reſtitutionem, quæ in hoc conſiſtit, ut prædium illi reſtituatur & ipſe pretium reddat emptori. Hic igitur juxta ſententiam ab ipſo minore impetratam repetit ab eo pretium. Adoleſcens mutat conſilium. Vult jam ſtare contractu. Beneficium ſententiæ reſtitutoriæ contemnit. Poteſt; inquit Julianus, & emptor acquieſcere debet: *Nec queri poterit venditor.* Emptor intelligendus ſine dubio; an & lectio mutanda, quod fecit Autumnus, ut in re indubia, & faciendum monet Elbertus Leoninus *lib. 1. Emend. c. 18. n. 6. & 7.* ut legamus, *Nec queri poterit emptor?* Senſus id omnino flagitat. Alii tamen nec tantillum quidem in Digeſto Florentino mutari volunt, & tuentur, etiam Gloſſa & Gotofredus, hunc locum, *argumento l. Veteres 19. D. Actionibus empti*, ubi, *Veteres in emptione venditoneque appellatonibus promiſcue utebantur.* Hæc verba Leoninus de temporibus antiquiſſimis, quibus venditio & permutatio non diſtinguebantur, & quibus emptor ac venditor eodem modo ſe habebant, intelligit; quod deinde mutatum ſit, poſtquam æſtimatione & uſu pecuniæ, non merx utrumque, ſed aliud merx, aliud pretium dici cœperit. Cujacius autem in *lib. 9. Obſerv. cap. 15.* Legem 20. *d. t. de Action. empt.* cum *l. præcedente* ita conjungit, ut emptionem pro conductione, Locationem pro venditione promiſcue ſumſerint Veteres; at hoc parum liquido probat, niſi de publicanis, qui & emptores & conductores appellati fuerint, ratione ſpeciali, nec admodum obſcurâ. Sed in univerſum mihi ſimplicius & verius, ἀμαθέστερον καὶ σαφέστερον videtur, *Legem Veteres*, ſecundum literam capiendam; quod emptio & Venditio promiſcue ſumptæ fuerint, ut idem contractus aut emptio, aut venditio, vel emptio venditio conjunctim appellaretur, idque ſatis obvium eſt exemplis etiam recentioribus. Non æquè, ut emptor idem, qui venditor, appelletur. Has enim appellationes confundi rectè negat Cujacius *lib. 12. Obſ. c. 23.* Ne ſit igitur religio, in hoc textu pro *Venditor*, ut legamus, *Emptor:* At hæc res ejuſmodi eſt, ut eam per ſe, ad hujus inſtituti integritatem pertinere non crediddiſſem. Nec enim de cunctis emendationibus heic agere conſilium eſt; verum de his tantum, quæ ad Eunomiam aliquid adferunt momenti.

2. Aliud eſt, quod Autumnus reprehendit in hoc reſponſo Juliani. Minor hic

eſt

Digitized by Google

eſt vere circumventus, inquit; ita ipſe cum ſuo Curatore ſenſit & Judex ita comperit. Hoc læſionis remedium nec ipſe minor per ſe rejicere vel retractare poteſt, per *l. 3. C. de in integr. reſt. minor.* nec Curator, cujus officium eſt, rem pupilli ſalvam eſſe curare; ut adeo ſi quid pereat, aut minuatur ex bonis adoleſcentis ſuum periculum faciat; cui ſententiæ ſuffraganiem laudat Conſtitutionem Juris Gallici de anno 1565. *art.* 102. Ad rationem autem Juliani, qui aliter ſenſit, quod unicuique liceat ea, quæ pro ſe introducta ſunt, contemnere; reſpondet, id de majoribus annis xxv. ſe didiciſſe intelligendum ex *l. 29. C. de Pact.* nec enim minor beneficio ætatis ſuæ renuntiare poteſt, ut bene probat ad hunc locum gloſſator *arg. l. 19. fin. pr. h. t. verbis, hoc enim ipſo.* Ego ita Exiſtimo, non ſequi, Adoleſcens non poteſt renuntiare beneficio ætatis ſuæ; Ergo impetratum beneficium cum effectu exercere cogitur; non magis, quam pupillus eo quod nullitati contractus ab ſe incundi renuntiare nequit, ideo commiſſa jam nullitate contractus uti cogitur, quod non eſſe ita, docet Juſtinianus in *pr. I. de Auctor. Tut.* Si favores nullitatem actus inferentes, acquieſcentibus his, pro quibus introducti ſunt, conticeſcant, ut in pupillis, in filio familias præterito, contra Teſtamentum Patris, idque refragante Juris ſubtilitate *l. 17. de Injuſt. rupt. irr. f. teſt.* aliiſque id genus caſibus, quanto magis, actus ipſo jure conſiſtentes adhuc, volentibus his, qui poſſunt illos reſcindere, ſi velint, & abſtinentibus executione, conſiſtent? Si tu ita cogites; Minor non poteſt jure ſibi quæſito, contra læſionem compertam deſiſtere, nec etiam Curator ejus, ut Autumnus inſtituit; cum id eſſet temere alienare & abjiccere: fac iterum cogites, ſæpe fieri, ut curæ ſecundæ ſint meliores, & re peractâ, prudentius homines conſulant. Minor & forte Curator ejus primo ita perſuaſi ſunt; Prædium male venditum eſſe, poſtea re melius explorata, ſecus arbitrantur, forte etiam uſu venit deinceps, ut pecunia ſit utilior minori, quam fundi poſſeſſio. Plane, quin juſta cauſa fuerit à Juliano ſuppoſita, non eſt dubitandum: Quæ in favorem alicujus introducta ſunt, hæc invitis non obtrudi, in univerſum ſatis indubitatum; Minores ab hoc communi jure non excludi, conſentaneum eſt. Id abſque ejus incommodo & ſalvo Tutoris officio adminiſtrandum fuiſſe, non eſt quod Autumnus à Juliano, cui neminem prudentiâ ſui temporis homines prætulerunt, non bene fuiſſe proſpectum cuiquam perſuadeat.

Ulpianus Lib. 2 de Officio Proconſulis & Legati.

Præſes provinciæ minorem in integrum reſtituere poteſt, etiam contra ſuam vel deceſſoris ſui ſententiam: Quod enim appellatio interpoſita majoribus præſtat, hoc beneficio ætatis conſequuntur minores l. 42. d. Minor.

1. Pertinet ad locum communem commemoratum Viri Cl. Antonii Matthæi, cujus inſcriptio eſt; *Capita quædam Juris non admodum inter ſe cohærentia, ſuprà ad l. 3. d. Juriſd.* Item ad locum *otioſarum ac inertium, & à propoſito alienarum rationum*, de quo *ad l. 2. §. 1. d. Off. Proconſ. & Leg.* Poſitio hujus loci eſt; quod Præſes provinciæ contra ſuam vel deceſſoris ſui ſententiam reſtituere poſſit.

Digitized by Google

ſit. Ratio redditur; quia, quod appellatio majoribus, hoc reſtitutio præſtat minoribus; ad effectum ſcilicet reſcindendi ſententiam ſuam vel anteceſſoris ſui, in quâ vis poſitionis conſiſtit. Quid autem, an Præſes ſuam vel Anteceſſoris ſui ſententiam per appellationem reſcindere poteſt? Nihil minus, cum appellatio fiat ad ſuperiorem, nec ullo modo recurſus ad judicem à quo appellatum eſt, fieri poſſit *l. eos qui 6. C. de Appellat.* An potius hoc vult Juriſctus; quod reſtitutio ſit pro minoribus; appellatio pro majoribus, ut Accurſius movet, quaſi minores appellare nequeant? Ne hoc quidem, minor enim appellare non prohibetur: *l. 8. C. Quando provoc. nec. non eſt.* Verumtamen eſt, beneficium reſtitutionis longe melius eſſe minoribus quam appellationis. Sic igitur exaudiamus Ulpianum, opinor. Minor poteſt impetrare reſciſſionem ſententiæ apud idem tribunal; quod majoribus non eſt datum, hi enim appellare debent, non apud idem tribunal, ſed apud ſuperiorem, quando volunt reſcindere ſententiam contra ſe latam. Minoribus autem Reſtitutio, quæ fieri poteſt apud idem tribunal, idem multo commodius præſtat. Ita connexio hujus loci habet idoneum ſenſum.

Paulus Lib. xr. ad Edict.

Emancipato filio & cæteris perſonis capitis minutio manifeſto accidit, cum emancipari nemo poſſit, niſi in imaginariam ſervilem cauſam deductus. l. 3. in med. de Capite minutis.

1. Vinnius ad §. 3. *Inſt. de Capit. diminut. n. 3. Verendum eſt*, inquit, *ne illa Pauli ratio*, ab imaginariâ ſervili cauſâ petita, *aliquid imaginarii habeat, certe adæquata non eſt. Nam primum conſtat, in adrogationibus nullas venditiones aut manumiſſiones interveniſſe, & tamen adrogati liberique eorum capite minui dicebantur, hoc ſolo, quod familiam mutarent* &c. Vinnius id agit, ut probet, cauſam, quur Emancipatio dicatur eſſe capitis diminutio, non eſſe accurate proditam à Paulo; Idque diverſis rationibus adſtruit: Quarum prima; quod ritus imaginarius male ad ſpecificam civilium rerum differentiam allegatur. Quâ de re ut bene judicetur, ſciendum, Capitis diminutionem, ut vox ipſa loquitur, eſſe mutationem *in deterius:* Theophilus ad *pr. Inſt. de Cap. dimin.* πάθος κατάστασιν ἐλαττοῦν τοῦ πάσχοντος, *Paſſio ſtatum patientis minuens.* Atqui Emancipatio eſt augmentum ſtatus; nam qui alieno juri ſubjectus erat, fit ſui juris & ſuæ poteſtatis. Eſſe tamen illam capitis diminutionem in Jure manifeſtum eſt; Ratione firmat hoc Paulus, è ritu emancipationis legitimæ. Filius enim vendebatur & mancipabatur, & in dominium alterius, idque ter, redigebatur, antequam ſui juris fieret, quemadmodum à nobis expoſitum eſt in *lib. 1. Digreſſ. c. 4.* Erat quidem ſervitus imaginaria, hoc eſt, repræſentata per imaginem; ſed tamen ad formam rei neceſſaria, cui proinde nomen & differentiam addidit; quemadmodum hac ratione conſtat univerſum hujus tituli argumentum. Dicitur enim capitis diminutio eſſe cauſa reſtitutionis in integrum, vel maxime reſpectu emancipati. Quid ita? quia Emancipatus in ſervitutem redigebatur, atque ita vinculum obligationis ſolvebatur, quod aliter redintegrari non poterat, quam per Edictum Prætoris de in integrum

reſti-

Digitized by Google

reſtituendo. Quod tanti habitum ſuit, ut obligationem perimeret Edictumque Prætoris eliceret, id utcunque imaginarium, facile ad formam capitis diminutioni præſtandam ſufficiebat. Tenendum autem, Imaginarium non eſſe, quod imaginamur animo eſſe, cum non ſit, ut Vinnius id accipit, verum quod repræſentat rem, quaſi per imaginem: Quo ſenſu acceptilatio dicitur *imaginaria* ſolutio; §. 1. *Inſt. Quib. mod. toll. obl.* Ejuſmodi imaginariis actibus antiqua Iurisprudentia Romanorum plena fuit, quorum in explicandis Artis terminis ratio non poteſt non haberi, de quibus actum à nobis in *d. cap.* 4. *lib.* 1. *Digreſſ. part.* 1.

2. Quod attinet ad alterum Vinnii Argumentum ſupra verbis ejus expoſitum, ad hoc facile reſponderi poteſt. Arrogatio eſt ſane capitis diminutio, nec ullâ fit venditione; quid tum? An Paulus ait, non dari capitis diminutionem, niſi per imaginariam ſervilem cauſam? Minime, ubicumque ſtatus mutatio fit in deterius, ibi diminutionem capitis intelligimus, quod accidit in Arrogatione, per quam is qui ſui Juris erat, alienæ poteſtati ſubjicitur. In emancipatione, de quâ ſola Paulus agit in hoc textu, nihil eſt, quod diminutionis argumentum præbeat, quam imaginaria ſervilis cauſa: Nec aliud in hoc textu traditur, & hoc facile ſuſtinetur, atque ſimul intelligitur, quo Jure Vinnius Pauli rationem neget eſſe *adæquatam*, eo quod non omni capitis diminutioni conveniat; quod Paulo non fuiſſe propoſitum, quando ſoli emancipationi ſervilem cauſam applicat, res ipſa loquitur. Sunt adhuc aliæ rationes, quibus contra Paulum Vinnius utitur; Sed eas retulimus & refellimus in *d. lib.* 3. *Digreſſ. cap.* 6. *n.* 4. & 5. quæ huc transſcribere neceſſe non eſt. Satis dictum, quod ad expoſitionem & defenſionem Pauli requiratur.

Paulus Lib. XI. ad Edict.

Tutelas etiam non amittit capitis minutio, exceptis his, quæ in jure alieno poſitis perſonis deferuntur. Igitur teſtamento dati, vel ex Lege, vel ex Senatus Conſulto erunt nihilominus Tutores. Sed legitimæ Tutelæ ex XII. tabulis intervertuntur, eâdem ratione, qua & hereditates exinde legitimæ, quia agnatis deferuntur, qui deſinunt eſſe, familia mutati l. 7. in pr. d. Cap. Minut.

1. Etſi quaſlibet exquiſitæ Artis aut textuum difficultates ad hoc inſtitutum non pertinere, ſæpe diximus; ſi quæ tamen Artem vel ejus conditores iniquitatis vel abſurditatis crimine involvant, hæ præteriri vel diſſimulari non poſſunt. Hujus generis eſt hic Pauli locus, qui cum in *l.* 5. §. *ult.* docuiſſet, per minimam capitis diminutionem, publica jura non interverti, manere Magiſtratum, Senatorem, judicem & cætera officia publica, quod additur ex Ulpiano in *l.* 6. pergit Legiſlator in hac *l.* 7. ex eodem Paulo docere, Tutelam quoque non amitti per capitis diminutionem, ſive ut aliquanto elegantius ait ipſe Paulus, capitis diminutionem *non amittere Tutelas*, cum hæ ſint etiam publica munera *l.* 9. *d. His qui ſui vel al jur.* Cum autem capitis diminutionis minimæ, ſint duæ ſpecies, Emancipatio & Adoptio, uſus regulæ in hiſce conſiſtat oportet. Emancipatio contingit his, qui in alieno jure poſiti ſunt; Adoptionis una ſpecies etiam; Altera, quæ eſt arrogatio,

perſonis ſui juris accidit. Proinde qui arrogatur, ille non deſinit eſſe Tutor, niſi quod Legitima Tutelâ, ſi hac fungitur filiusfam Jure Veteri & tempore Pauli peribat; quia cum hæc ſolis agnatis proximis conveniret, per arrogationem Tutor agnatus eſſe deſinebat iis, quibus antea fuerat; eaque omnia ſatis analogicè ad hunc textum congruunt. Relinquitur uſus regulæ in perſonis alieno juri ſubjectis, qui Tutelâ non Legitima funguntur; nam Legitima vix eſt ut talibus deferri queat, cum proximi agnati eſſe nequeant, patre ſemper eos præcedente. Sed Paulus ait, perſonas in alieno jure poſitas, quibus Tutela deferatur, excipi ab hac regula, quæ dictat, minimam capitis diminutionem amittere Tutelas. Quod ita comparatum eſt, ut contradictionem involvat; ponere certam Regulam, & ſubjicere exceptionem, quæ uſum regulæ continet ac abſolvit.]

2. Non defuerunt undique decora ingenia, quæ huic abſurditati ſuccurrere atque mederi conata ſunt. Princeps diſciplinæ recentioris & humanioris Juriſprudentiæ Cujacius in *not. ad tit.* xi. *Ulpiani*, *Equidem ſcio*, inquit, *Tribonianum cum multa in libris veterum prudentum notis perſcripta eſſent*, *auctore Juſtiniano in l.2.C.de Vet.jur.enucl.* in eis *explicandis cadere frequenter & labi.* Cenſet igitur ſcriptum fuiſſe in Pauli commentario libro xi. ad Edictum, ita, *Tutelas etiam non amittit capitis diminutio*, *exceptis*, *quæ I. A. P. P. deferuntur*, id eſt, ex mente Pauli, *quæ Jure agnationis proximis potiſſimum* deferuntur; ut nempe legitimæ agnatorum Tutelæ, ſecundum ea quæ modo dicta ſunt, exciperentur. Sed Tribonianum has initiales literas ita explicuiſſe putat, ut ſcriptum eſt *ſuprà*, quæ in *Jure alieno perſonis poſitis* deferuntur. Qua hypotheſi debuit etiam Tribonianus addidiſſe particulam *in*, vel Cujacius geminare literam I. Sed hæc conjectura Cujacii, Cenſuræ gravamen auget; ſiquidem eo modo Tribonianus conditor Juris noſtri exhibetur, ut ignorans pueriliter Jus, in quo verſatur, ut ſibi ipſi contradicens in iiſdem terminis, quod de homine ſui temporis doctiſſimo, ut inimici elogium id ipſi reliquerunt, & de Anteceſſoribus, diligentiſſimis Viris, quorum opera, ipſe moderator, uſus eſt, velim Cenſores, ne poſtulent, ut præſumendum ſit. Si erratum ſit aliquando in notis veterum divinandis, factum id exiſtimemus ejuſmodi opinionis errore, qui hominibus eruditis & gravibus haud omnino indignus ſit; qualem hunc futurum fuiſſe nemo dixerit: Ergo Cujacii conjecturam admittere, parum abeſt, quin religio ſit.

3. Aliis igitur viſum eſt ita; In loco Pauli verba, *exceptis his*, παρέλκει, ſuperflua eſſe, & ab imperito Lectore ad oram libri notata, dein à deſcriptore in textum eſſe relata. Ablatis illis ſenſum eſſe juſtiſſimum; Tutelas non amittit capitis diminutio, *quæ in jure alieno poſitis perſonis deferuntur.* Cujacius in *lib. 9. Obſerv. c.* 17. Judæum hujus emendationis auctorem prodit, à quo ipſe inſimulatus audaciæ ob iſtam conjecturam, viciſſim hunc arguit inſcitiæ; quod τῷ *exceptis* ſublato, regulam generalem Paulo adſcripſerit, quæ non ſit generalis. Nam perſonis etiam ſui juris tutelæ deferuntur; quid his fiet, ſi adoptentur? cur de his nihil Paulus? Poſſet hujus auctor conjecturæ dicere, Paulum, regulam generalem inductione præcipui uſus declaraſſe, qui maxime in perſonis alieno jure ſubjectis conſiſtit. At tamen incommodum manet, quod una enuntiatione, regula generalis deſinit in particularem: quâ re *nihil agitur*, ait *ibidem* Cujacius. Bacho-

vius

Digitized by Google

vius tamen, *non poſſe locum aliter ſanari*, *niſi verbis his expunctis*, EXCEPTIS HIS, ſcribit in *not. ad Weſemb. h. t. n.* 3. idque preſſius *comm.* ad *τὰ πρῶτα h. t.* repetit: neque tamen illud incongruum à Cujacio notatum aliter exemit idem Bachovius.

4. Antonius Auguſtinus, Goveanus aliique plures ſequuti ſunt editionem Haloandrinam, quæ particulam NON ante verbum *deferuntur*, interuit, hoc ſenſu, Capitis diminutio non amittit Tutelas, exceptis his, quæ non deferuntur hominibus alieni Juris, id eſt, Legitimis Tutelis, ad quas filiosfamiliarum admitti non poſſe diximus antea. Goveanus in *lib. 2. var. lect. c.* 12. Lectionem illam cum *τοῦ non ante τὸ deferuntur*, ut vulgatam, non ut emendationem refert, ſequitur & explicat; ſed Antonius Auguſtinus eandem probans, non diſſimulat, aliter apud Florentiam legi 1. *emend.* 2. Nos in hac editione vel correctione pariter acquieſcimus, quia nihil habemus quod ſit potius & quo textum, ut ſuprà ſcriptus eſtè Libro Florentino, aliter commodè explicemus. Niſi quis id approbare poſſit, quod olim mihi propoſuit Juvenis doctiſſimus, nunc in ampliſſimâ dignitate conſtitutus, *τὸ exceptis* accipere licere, pro *comprehenſis*, quemadmodum in emptione venditione, quæ ſpecialiter comprehenſa ſunt, excipi dicuntur; cujuſmodi loca Briſſonius habet affatim in *Excipere*. Quæ dein etiam opinio placuit Viro Cl. & doctiſſimo. Bene eſt in hac reſponſione, quod textui Florentino parcit, cujus rei præcipua nobis religio eſt ac eſſe debet. Sed in omnibus illis locis, ubi excipere, pro comprehendere ponitur, ipſa negotii natura ſuppeditat aliquid generale, de quo id quod *excipi*, dicitur, ut ſpeciale, ſegregatur, quo ita *τὸ excipere* propriam ſignificationem retineat; Exempli gratia: *Si ne proſtituatur*, *exceptum eſt l. 6. d. ſerv. export.* ubi exceptum, eſt, diſerte expreſſum & comprehenſum. Sed tu ſic reputa; Emptio-venditio transfert liberum in emptorem arbitrium de re vendita pro lubitu, ſeu bene ſeu male diſponendi. Ergo & proſtituere poteſt ancillam emptam, quod nec olim erat illicitum; Niſi pacto exceptum, id eſt, niſi reſtricta fuiſſet infinita poteſtas dominii contractu emptionis acquiſiti; Sic etiam fere in reliquis ſe res habet; Ejuſmodi aliquid in hoc loco ſimiliter imaginari vellem, ſed nihil reperio. Proinde non video nos heic poſſe carere ſalutari Criticorum particula NON, quod etiam placet Antonio Fabro in *Rational. ad. h. t.*

Paulus Lib: xı, ad Edict.

Ex novis autem Legibus & hereditates & Tutelæ plerumque ſic deferuntur, ut perſonæ naturaliter deſignentur; ut ecce, deferunt hereditatem SCta matri & filio l. 7. in pr. verſ. ex noxis d. Cap. Min.

1. Hotomannus *lib. 3 Obſerv. c. 9.* ponit hunc locum inter ea, quæ *Tribonianus male ubique de noſtris*, ait, *ingeniis meritus*, *nobis in cruciatum poſuit.* Satis enim conſtat, ætate Pauli & toto Pandectis æquali tempore, nullas fuiſſe Tutelas, quæ perſonis naturaliter deſignatis; hoc eſt, jure cognationis, deferebantur, ſed ad agnatos proximos unice pertinebant, quorum non eſt naturalis, ve-

Cc 2 rum

rum civilis conjunctio & deſignatio, §. 1. *Inſt. de Legit. agn. Tut.* Natura enim inter marium & femineam ac emancipatorum propinquitatem nullum poſuit diſcrimen *l.* 4. *C. de Natur. lib.* Sed hereditates verum eſt, novis Legibus & SenatusConſultis ſecundum naturæ ductum magis fuiſſe delatas, ut in SCtis Orphitiano & Tertuliano, quæ de matris liberorumque mutuis ſucceſſionibus egere, factum, poſtquam res jam pridem Jure Prætorio in uſum fori Romani tranſierat. At de Tutelis cognatione naturali æſtimandis iſtæ aliæve Leges aut Senatus Conſulta nihil conſtituere. Sed hoc recentiori Jure demum, in Codice inchoatum, in Novellis abſolutum eſt. Nam Anaſtaſius quemadmodum emancipatum ad legitimam fratris hereditatem admittebat, eodem modo eundem ad Legimam Tutelam vocavit *l. pen. C. de Curat. fur.* Juſtinianus autem generaliter conſtituit, ut quoſcunque jure cognationis ad Legitimas ſucceſſiones admiſerat, iidem ad Tutelas Legitimas vocarentur. *l. ult.* §. *pen. C. de Legit. hered.* Ergo ita ſtatuendum videtur, à Triboniano eſſe hæc verba, & *Tutelæ*; quæ à mente Pauli aliena, pro ſui temporis uſu miſcuit ipſius orationi, ut Hotomanno & Wiſſembachio noſtro in *emblem. ad h. l.* concedendum videtur; etiam hoc, quod hujuſmodi injectiones obiter ita καὶ ἀπαρτιαῖς, ſub nomine Veterum factæ, pariunt obſcuritatem & melius abeſſent.

Ulpianus Lib. VII. ad Edict.

Verba Edicti talia ſunt &c. *Item ſi qua alia mihi juſta cauſa eſſe videtur.* *l.* 1. *in fin. Ex quib. cauſ. maj.*

1. Enumeratio cauſarum & ſpecierum, propter quas Reſtitutio competit, obſignatur clauſula generali ut ob aliam quamlibet juſtam cauſam fieri poſſit. Contra quam extenſionem ſpecierum prolixe diſſerit Antonius Faber inter rationes quidem dubitandi, ſed ita, ut proprius abſit à cenſura, quam & uſus Fori approbare videtur, dum pleræque lites ſuper Reſtitutionibus in integrum, hujus clauſulæ prætextu, quaſi hæc eſſet omnium malarum cauſarum panacæa, moventur & inſtituuntur. Hoc ipſo enim, quod permittitur *ad hanc clauſulam deſcendere, quoties æquitas reſtitutionem ſuggerit*, ut docet Ulpianus in *l.* 26. §. 8. *h. t.* porta videtur aperiri litibus non tam movendis, quam renovandis quæ jure finitæ, dum quiſque ſibi æquitatem arbitratu ſuo fingit: Aut ſi rem hanc à judicis arbitrio pendere ſtatuas, ne hoc quidem ſatis expedit, laxare frena judicum arbitramentis; Eſtque boni Legiſlatoris officium potius agere, ut quamminimum licentiæ interpretationis & extenſionis indulgeatur, Idque in hac parte prætoris Edicti experientia non modo forenſis hodierna tam Judicum, quam Advocatorum reſpectu ſed etiam Juris Interpretum demonſtrat. Dum exempli gratiâ Doctores vulgò majores annis xxv. in integrum reſtitui volunt, ex capite juſtæ ignorantiæ adverſus præſcriptionem decem viginti & tringinta annorum, propter hanc generalem clauſulam. Pudendus error, inquit D. Wiſſembachius *ad h. t. th.* 5. ut pluribus etiam probat Faber ad *h. l.* addens: *Hæc omnia Doctorum ſomnia, & alia ſi quæ ſint ejuſmodi, non aliunde quam ex hac Edicti clauſula proficiſcun-*

ciſcun-

Digitized by Google

ſciſcuntur, quæ adeò generalis eſt, ut facile quamlibet interpretationem poſſit admittere. Culpandus igitur magis quam laudandus Prætor, quod ſubjecerit hanc clauſulam generalem ſcilicet. Reſpondetur, Id eſſe vitium, quod reprehenditur, non Edicti, ſed hominum, qui Edicti verbis contra mentem Prætoris abutuntur. Vana in opiniones verſari ſolent, ait Livius. Nec cujuſquam Prudentia Legiſlatoris omnes caſus tam præciſe determinare poteſt, ut non aliquid judicantium arbitrio relinquendum ſit. Imo ſi Prætor abrupte concluſiſſet, nullas omnino cauſarum ſpecies præter illas ſex in *l.* 1. *&* 2. *d. Reſt. in int.* enumeratas eſſe admittendas, graviorem poſteritatis cenſuram hauddubie incurriſſet. Quemadmodum Juſtinianus in *Nov.* 115. non evitavit, quin abſurditatis & iniquitatis inſimuletur, quod exheredationis cauſas certo numero tam peremptorie incluſerit, ut nemini ullas unquam alias ingratitudinis ſpecies allegare liceat. Quod eſſe rationis uſum Poſteritati præcludere cenſent multi, adeoque invito, ut videtur, Juſtiniano, ſimiles vel graviores cauſas eſſe admittendas arbitrantur.

Ulpianus Lib. XII. ad Edict.

Sed quod ſimpliciter prætor edixit, poſteave, *ita accipiendum eſt: ut, ſi inchoata ſit bonæ fidei poſſeſſoris detentatio ante abſentiam, finita autem reverſo, reſtitutionis auxilium locum habeat non quandoque, ſed ita demum, ſi intra modicum tempus, quam rediit, hoc contigit: id eſt, dum hoſpitium quis conducit, ſarcinulas componit, quærit advocatum: nam eum, qui differt reſtitutionem, non eſſe audiendum Neratius ſcribit. l. 15. §. 3. Ex quib. cauſ. maj.*

1. Citat Ulpianus ex Edicto prætoris, quod extat in *l.* 1. *h. t.* verbum *posteave*, quod tamen ibi non reperitur ῥ καί), ut ipſum dicere ſolitum eſſe Ulpianum accepimus ab Athenæo. Ergo ſupplendum eſt, ut rectè A. Faber obſervat, legendumque in *d. l.* 1. §. 1. *Hoſtiumque poteſtate eſſet, poſteave* quod ſatius eſt, quam aliud imaginari Edictum Prætoris hujus Rubricæ, ut Johannes, Bulgarus & Accurſius voluerunt. Sed & ſequentem verſiculum, *ſi inchoata ſit bonæ fidei poſſeſſoris detentatio.* Faber ait eſſe corruptum à Triboniano, qui non animadverterit, in ſequentibus, *finita autem reverſo* agi de uſucapione; quod manum & inſcitiam Triboniani omnino prodit, *ait:* ſolet *enim ille plerumque veterum ſcripta ſic emendare ut tamen non obſervet, an emendationi convenire poſſint ea quæ præcedunt aut ſequuntur.* Quis ferre poteſt talem cenſuræ inſolentiam? Compoſitores nobiliſſimi operis, quod in orbe terrarum poſt literas ſacras extat, tanti arguere ſtuporis, ut textus bene ſitos & perſpicuos verbis à propoſito alienis ſenſuque carentibus deformaverint, nec an ad rem faceret, quod infarciebant breviſſima periodo nullaque difficultate implicita, animadverterint. Qualis autem hæc emendatio, ut pro *uſucapio* emendaverint, *detentatio*? Hoccene Juris Interpretes agere, ut Artis ſuæ conditoribus nihil ſtultius, nihil infantius eſſe potuiſſe demonſtrent? Quid erat æquius, ſi *detentatio* irrepſerit, quam librariis errorem adſcribere? Quod ſane, ſi error ſit, intelligi oportet. Etſi nec hoc forte neceſſarium dictu ſit. Detentationem dixit idem Ulpianus pro detentione in

 l. 3.

Digitized by Google

l. 5. pr. d. Impenſis in res dot. fact. ſive poſſeſſione, quæ nihil eſt aliud quam detentio, & cum poſſeſſio facti ſit facti naturam melius exprimit *detentatio* Cum autem hic de uſucapione agi manifeſtum ſit eaque ſæpius omni hoc Tit. nominata fuerit, non eſt abſurdum, Ulpiano placuiſſe poſſeſſionis vel detentationis vocabulum; quod nemo reſpectu uſucapionis eſſe poſitum dubitare poſſet. Miror illum etiam arguere, vocem Quandoque pro *quandocunque* poſitam, ut vitioſe. Poſtremo vocabulum *reſtitutionis* in *fine* §. abundare & eſſe imperiti Interpretis exiſtimat, eo quod hic non agatur de eo qui neglexit petere reſtitutionem. Sed de eo qui neglexit agere, antequam uſucapio impleretur, ut ne reſtitutionis indigeret, idque probat ex *l. ſequ.* ubi continuatur id quod in hoc §. tractatur, in verbis, *Ita demum reſtituatur, ſi non negligentia ſed temporis anguſtia non potuerunt litem conteſtari.* Ego non nego, verbum *poſtea in* Edicto Prætoris, ad modicum tempus reſtringi, quo reverſus adhuc agere potuerit, idque docet *lex* 16. Sed interpretatio modici temporis æque locum habet, ſi reſtitutionem petere neglexit, eamque eſſe quæſtionem *hujus* §. *ult.* diſerte traditur in verbis; *Ut ſi inchoata ſit bonæ fidei poſſeſſoris detentatio ante abſentiam, finita autem, reverſo, Reſtitutionis auxilium locum habeat.* Quæ verba non de actione abſenti & reverſo adhuc competente ſed de uſucapione abſoluta, quo caſu Reſtitutione opus eſt, perſpicue loquuntur. Reliqua, de quibus prolixè Faber, ab Eunomicis aliena ſunt.

Ulpianus Lib. XII. ad Edict.

Julianus libro quarto ſcribit, non ſolum adverſus poſſeſſorem hereditatis ſuccurrendum militi, verum adverſus eos quoque, qui à poſſeſſore emerunt: ut vindicari res poſſint, ſi miles hereditatem adgnoverit. Quod ſi non adgnoverit, ex poſt facto uſucapionem proceſſiſſe manifeſtatur. l. 17. Ex quib. cauſ. maj.

1. Perplexe & moleſtè adverſus hanc legem diſputat Ant. Faber, & in diverſum acutè Bachovius ad *h. t. c. 5. n.* 3. in quibus recenſendis parco Lectori, & ne dolo dicam, mihi *Forſitan* hic uſu veniet, Ariſtotelis illud ἀμαθέστερον σοφώτερον quod indoctius, id clarius & melius. Accurſiana nobis ſufficiunt Miles heres inſtitutus agnovit hereditatem, cujus aliquas res poſſidet Titius bonâ fide. Hic illas res uſucapit Prò herede, eo ſenſu quo plerique uſucapionem pro herede acceperunt in *l. pen. pro Her.* aut alius qui emit à Titio Emptore. Miles impleta uſucapione reverſus impetrat beneficium reſtitutionis in integrum, tam contra Titium, quam adverſus Tertium, eaſque vindicat ab ipſis, qui eſt ſcopus reſtitutionis. Quod autem Faber lectionem vult mutari ut ita legamus, *vindicare res poſſit*, tanti non eſt, cum idem ſit ſenſus, ut manus idcirco Ulpiano inferamus, nec etiam ut tollamus ſequentia *ſi miles hereditatem agnoverit.* Etſi enim abeſſe queant, ſi tamen id genus omnia tollenda forent, non eſſet finis urendi ac ſecandi. Sed ultima verba; Quod ſi non agnoverit *ex poſt facto uſucapionem proceſſiſſe manifeſtatur*, mihi quoque ſuſpecta ſunt, etſi minus Bachovio; cum quod ſtylus *Uſucapionem proceſſiſſe manifeſtatur* minus ſapiat Ulpianum, tum quod uſucapio illa quæ procedat,

dat, nihil ad militem eo caſu, quo non agnovit hereditatem & ad quæſtionem propoſitam attinet. Hoc igitur verſu ſepoſito, argumentum Fabri ſuſtinere poſſe videmur. Poſſeſſor hereditatis, inquit, aut habet titulum aliquem vel nullum. Si habet titulum non tenetur hereditatis petitione *l. 9. d. Petit. hered.* Si nullum, uſucapere non poteſt. Reſp. Habet titulum pro herede, ſenſu illo quem diximus, in *Prælect. ad tit. pro Her.* Poſſeſſor hereditatis igitur, hic eſt, qui certas res bona fide pro Herede poſſidet. Nam cum ad univerſam Hereditatem uſucapio, quæ ſingularum rerum eſt, non pertineat: quo præſumpto labitur aliud Fabri argumentum, quod jus adeundi hereditatem ſit perpetuum *l. 9. cum l. præced. C. de Jur. delib.* Atque hæc eſt prima Accurſii ſpecies. Altera, quam Faber ſibi adſcribit, ab Accurſio ſuppeditata ſic eſt; Miles ſub conditione certo tempore implenda heres inſtitutus, & reverſus poſt illud tempus, eget beneficio reſtitutionis contra lapſum temporis ut ſibi adire liceat, adverſus poſſeſſorem univerſæ hereditatis, etſi hic uſucapionis termini habiles non adſint, quod nec ad reſtitutionem militi dandam, quæ locum habet in omni præjudicio ipſi per abſentiam Reipubl. cauſa facto, neceſſarium eſt. Sed quomodo in hac ſpecie miles adverſus eos, qui à poſſeſſore hereditatis emerunt, reſtituatur, difficilius eſt explicatu quam in priori ſpecie; quoniam Emptores habent regreſſum adverſus poſſeſſorem hereditatis à quo res emerunt. Poſſeſſor autem ſi bonæ fidei ſit, non tenetur de rebus à ſe venditis, niſi ad pretium reſtituendum, quatenus inde locupletior eſt factus *l. 25. §. 7. d. Hered. pet.* Hanc difficultatem majori ſubtilitate quàm ſoliditate veri tollit Anton. Faber, cujus rationes acerbe refellit Bachovius ad *h. t. c. 5. n. 2.* qui præfert utramque Accurſii reſponſionem; quod vel malæ fidei poſſeſſor hereditatis fuerit, vel ejuſmodi caſus ſit ponendus, quo Emptor adverſus venditorem, qui hereditatem poſſedit, non habuerit regreſſum evictionis nomine, quod fieri poſſe docet eadem *lex 25. §. 7.* & diximus in *Prælect. ad Tit. de Evict.* Hæc difficultas ut dixi, in priore caſu & ejus applicatione ad *h. L.* ceſſat.

Papinianus Lib. III. Quæſtion.

Denique, ſi emptor, prius quam per uſum ſibi acquireret, ab hoſtibus captus ſit, placet, interruptam poſſeſſionem poſtliminio non reſtitui, quia hæc ſine poſſeſſione non conſtitit. Poſſeſſio autem, plurimum facti habet; cauſa vero facti non continetur poſtliminio l. 19. Ex quib. cauſ. maj.

1. Diſſentit à Papiniano eique dicam ſcribit Autumnus, his rationibus. I. Animo retinetur poſſeſſio *§. poſſidere 5. Inſt. de Interd.* Quem utique captus ab hoſtibus habere & retinere poteſt. Reſponde pro Papiniano; Animum ſufficere, ad retinendam poſſeſſionem, ubi jus ſaltem poſſeſſionis exſiſtit & remanet. Sed captus ab hoſte fit ſervus *§. ſi ſervus 5. Inſt. Quib. mod. P. P. ſolv.* qui cum ipſe poſſideatur & in dominio ſit, nihil poſſidere, vel in dominio habere poteſt *l. 118. d. Reg. Jur.* Ideoque animus non ſufficit ubi deſunt termini habiles Poſſeſſionis. Inſtat ille, Furioſos retinere poſſeſſionem nemo dubitat, qui prorſus animo carent Sed hi jus ipſum retinent actu primo, etſi non actu ſecundo & exercito; Servis autem ne id

Digitized by Google

ne id quidem adſcribi poteſt. Rurſus ille; Servus ejus qui captus eſt ab hoſte poteſt acquirere & retinere domino poſſeſſionem rei à ſe emptæ *l. ſi is qui* 15. *d. Uſucap.* Quomodo igitur quod ſervus eſt, obſtare poteſt domino, quod non obſtat ejus ſervo? Hoc quidem ſubtilius videtur. Enimvero per ſervum non poteſt ab hoſte captus retinere poſſeſſionem, quam prius habuerat *d. l.* 15. Sed hoc verum eſt; ſi ſervus ejus qui in hoſtium poteſtate eſt, emerit ex cauſâ peculiari, in pendenti eſſe uſucapionem; cum hoc effectu, ut ſi dominus reverſus fuerit, uſucaptum intelligatur. *d. l.* 15. *l.* 23. §. 3. *in pr. h. t.* Valet igitur poſtliminium in poſſeſſione, quam ſervus ejus qui ſervus hoſtium eſt, acquiſivit; non valet in eo, quod ipſe per ſe vel per ſervum ſuum poſſedit. Hæc quomodo cohærent? Nonne ſatius eſt, cum Autumno ſtatuere, poſtliminium indiſtinctè locum habere, ſi dominus ab hoſte reverſus ſit, ut poſſeſſio & uſucapio continuata videatur? in quâ ſententia Marcellum eſſe, dum fictionem poſtliminii plenius accipiendam eſſe docet in *d. l.* 15. opinatur Autumnus. Sed non eſt recedendum à Papiniano in *h. l.* & Juliani in *d. l.* 15. ſententia, ceſſare poſtliminium in his quæ facti ſunt, qualis eſt poſſeſſio. Proinde cum is qui captus eſt ab hoſte, jam ipſe poſſideatur & poſſidere deſinat, id quod per ſe vel animo ſuo per corpus alienum ſervi aut coloni poſſidebat, non poteſt ibi fictio poſtliminii contra veritatem facti habere locum. Alia eſt ratio ejus quod ſervus ex cauſa peculiari comparavit; hoc enim ſuo nomine traditum accepit, & cum dominum facto jam non habeat, poſſeſſionem quæ facti eſt, per ſe inchoare poteſt, ac ita ſpem poſtliminii fundare ſuo domino. De Marcelli ſententia vide ſis gloſſam in *d. l.* 15. At de moribus hodiernis, concedimus Autumno & Groenewegio, cum ab hoſtibus capti non fiant amplius ſervi, non eſſe quod de continuatione poſſeſſionis hac parte dubitemus. Cæterum, quid eſt, quod in hac *l.* 19. Papinianus ait, *Placet, interruptam poſſeſſionem poſtliminio non reſtitui, quia hæc ſine poſſeſſione non conſtitit?* Autumnus pro *hæc*, edidit, *hoc*; ut non ad poſſeſſionem ſed ad negotium quod poſſeſſione perpetratur, uſucapionis, ſe referat ultimus verſus. Petrus Faber 2. *ſemeſtr.* 25. non dubitat, quin deſcriptoris Florentini exemplaris, calamus aberraverit, ut ob vicinum *poſſeſſionis* vocabulum, pro *uſucapionem* poſuerit poſſeſſionem. Quod ut Papiniano dignius cum de ſenſu nihil ambigatur, magis etiam placet. Similis error & emendandi neceſſitas eſt in *l.* 31. *h. t.* Abeſſe Reipubl. cauſa intelligitur & is, qui ab urbe profectus eſt, licet nondum provincia exceſſerit; Lege *provinciam acceſſerit*, etſi hanc quoque lectionis mutationem nonnulli eludant. Sed vide Cujacium 12. *obſerv.* 33.

Ulpianus Lib. VI. ad L. Jul. & Pap.

Si cui in provincia ſuâ Princeps adſidere ſpeciali beneficio permiſerit, puto eum Reipubl. cauſâ abeſſe: Quod ſi non ex permiſſu hoc fecerit, conſequenter dicemus, cum crimen admiſit, non habere eum privilegia eorum, qui Reipubl. cauſâ abſunt. l. 38. *d. t. Ex quib. maj.*

I. Non immerito Groenewegius hujus loci ſententiam ab uſu rectoque ſenſu alienam

Digitized by Google

alienam cenſere videtur; quod Reipublicæ cauſa abeſſe dicitur is, qui in patriâ ſuâ, Præſidis Adſeſſor à Principe conſtitutus eſt, cum nemo in eadem provincia pro abſente haberi poſſit, ut de uſucapione propitum eſt in *l. ult. C. de Præſcript. long. tem.* Qui extra patriam Reipubl. cauſâ profectus eſt, Abeſſe dicitur *l. 35. §. Qui Reipubl. 7. h. t.* Et Magiſtratus, qui Romæ dant operam Reipubl. non abſunt Reipubl. cauſa *l. 15. & l. 16 h. t.* Ad primam objectionem; reſp. Adſeſſor eſt in functione muneris publici, cujus occupatio facit, ut pro abſente in ejuſdem quoque provinciæ diſtantibus locis haberi poſſit. Hæc ratio non eſt in privato, cujus res uſucapitur. Ad II. Qui extra patriam profectus eſt, pro abſente ſine dubio habetur; Inde tamen non ſequitur, intra patriam id nullo modo fieri poſſe, fallaci à contrario ſenſu argumento. Ad III. Non eadem ratio eſt Urbis, quæ Provinciæ latè patentis. Denique, Adſeſſor, in metropoli adjunctus Præſidi, ut illic adſiduo commoretur, aliquando procul à domicilio ſuo, non poteſt non merito pro abſente Reipubl. cauſâ haberi. Nam ſi ex eâdem metropoli ſit oriundus, non magis abeſſe videtur, quam magiſtratus in urbe Româ pro abſentibus Reipubl. cauſa habentur *d. l. 15. §. 1. & l. 16. h. t.*

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Hæc actio non eſt pœnalis, ſed rei perſecutionem arbitrio judicis continet; quare & heredi dabitur. In heredem autem l. 4. §. ult. d. Alienat. jud. mut. c. f.

Paulus Lib. XI. ad Edict.

Vel ſimilem l. 5. eod.

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Vel poſt annum, non dabitur l. 6. eod.

Gajus Lib. IV. ad Edict. Provinc.

Quia pertinet quidem ad rei perſecutionem, videtur autem ex delicto dari l. 7. eod.

1. Poterat Cenſuræ notam mereri ineptia connexionum in his locis & artificii μικρολογία; Niſi quis repetere velit memoria, quod ab initio notavimus; Auctorum nomina, quæ hic faciunt deformitatem, judicio Lectoris auferenda eſſe, cum Cæſar omnem fecit ſuum contextum, eoque facto nihil erit deformitatis. Sed eſt aliuſt argumentum Cenſuræ, in eo conſiſtens; quod hæc actio, quæ datur ex facto alienandi rem in fraudem alterius, qui jus ſuum in eam rem preſecuturus

turus ſit, quo durior adverſarius ipſi objiciatur, heredi quidem ejus, in cujus invidiam facta eſt alienatio, detur; in heredem autem alienantis vel ſimilem, ut eſt bonorum poſſeſſor vel fideicommiſſarius, non detur, eo quod ex delicto eſſe videatur. Atqui longe alia videtur eſſe ratio philoſophiæ Civilis; quæ vult heredem teneri ex omnibus rei perſecutoriis actionibus, etſi è delicto ſint; non teneri de pœnalibus, etſi è contractu fuerint: eo quod heres defunctum repræſentat *in bonis*, ad quæ pertinent rei perſecutoriæ actiones; non ita in *meritis*, quæ perſonalia ſunt, quo pœnæ ſpectant. Ita Grotius in *lib. 2. de J. B. & P. Cap.* 21. *n.* 19. Hinc *evincitur*, ait Vinnius, *ſi quæ ſint ex maleficio actiones non pœnæ, ſed rei perſecutoriæ actiones, eas in heredem dari: Si qua ſit pœnalis è contractu, illam in heredes non competere.* Comment. *ad tit. Inſt. de Perpet. & temp. act.* §. 1. *n.* 2. & 3.

2. At hic loci Juris Auctores aliter tradunt; aliquas actiones rei perſecutorias in heredem non dari, quia ſunt ex delicto; ratione non petitâ à materiâ ſed à principio actionis. Quod Impp. Diocletianus & Maximianus ajunt eſſe Juris abſolutiſſimi, heredem ejus qui deliquit in id tantum, quod ad eum pervenit, teneri, niſi litis conteſtatio facta ſit, per quam actio tranſit in heredes in ſolidum, jure tralatitio *l. un. C. Ex delict. defunct.* quale eſt etiam, quod turpia lucra ſint heredibus extorquenda, *l. 5. in pr. d. Calumniator.* Sed extra caſum litis conteſtatæ & lucri apud heredes manentis, hæc eſt ſententia Juris Romani, heredes è defunctorum delictis nullo modo teneri *d. l. un.* Idque tot exemplis, quot è delictis actiones non pœnales ſunt, adfirmatur. Primo, hujus actionis, quæ datur in locis ſuprà ſcriptis. Dein Interdictum Unde vi eſt Actio rei perſecutoria *l.* 3. §. 1. *de vi & vi arm.* Sed, quia datur ob factum atrox *l.* 1. §. 3. *eod.* non datur in heredem qua talem ſed ut poſſeſſorem lucri ad ſe non pertinentis; ita ut quilibet extraneus poſſeſſor hac cauſa tenetur *l.* 3. §. *ult. l.* 9. *pr. eod.* Ejuſdem generis eſt, actio, quæ datur adverſus eum, qui dolo malo impedit aliquem judicio ſiſti, & eſt æquè in id quod intereſt tantum; quia tamen ex delicto competit, adverſus heredem, hactenus ſaltem datur, ut ex dolo defuncti heres nihil lucretur *l.* 1. §. *ult. D. eo per quem fact.* Talis eſt actio de dolo *l.* 26. *d. dolo malo.* Actio quæ datur adverſus menſorem, qui falſum modum dixit *l.* 3. *Si menſ. falſ. mod.* Quæ datur in falſum Tutorem *l.* 9. §. 1. *Quod falſ. Tut.* Qui merces peculiares dolo malo diſtribuit *l.* 7. §. *ult. d. Tribut. act.* In eum qui vim fecit in poſſeſſionem miſſo, *l.* 1. §. *ult. Ne vis fiat ei, qui in poſſ. miſſ.* Adverſus eum qui in jus vocatum vi exemit *l. pen.* §. 1. *Ne quis eum qui in jus voc.* Denique, talis eſt Actio rerum amotarum *l. ult. C. de Act. rer. amot.* & ſi quæ ſint ſimiles, de quibus uno ore Juris auctores prædicant, eas utcunque rei preſecutorias, in heredes non dari, quia ſunt ex delicto, explentes regulam Juris abſolutiſſimam, quæ traditur & inculcatur in *d. l. un.*

3 Hæc ſententia Juris Romani, non ſpectandum eſſe τὸ pœnale vel rei perſecutorium, ſed originem ex delicto, & quod in heredem non tranſeat, multis adverſa rationi, ſcilicet ei, quam diximus, eſſe videtur. Ideoque licet tot locis evidentiſſime teſtata, luce clarius extat, non deſunt, qui τὸ διότι putantes incongruum, negant etiam τὸ ὅτι, diverſamque Juris noſtri ſententiam eſſe contendunt; pro quibus enixe diſputat Vinnius in *d. loco.* Hoc primo examinandum, dein rationi philoſophiæ civilis objectæ ſatisfaciendum. Juris hanc eſſe mentem Romani, Actiones

Digitized by Google

nes pœnales non dari in heredem, Rei perſecutorias ſemper dari, undecunque ortas, tenent illi, primo ex §. *Non autem* 1. *Inſt. de Perpet. & temp. act.* ubi certiſſimà juris regula eſſe dicitur *ex maleficiis pœnales actiones in heredem rei non competere*, unde ex oppoſito ſenſu colligunt, ex maleficio rei perſecutorias actiones in heredem dari, *quoniam contrariorum contraria ſunt conſequentia*. Scribit Vinnius ad *d.* §. 1. *n.* 2. Sed hoc à contrario ſenſu argumentum eſſe fallax infinitis inſtantiis conſtat, quia facile & plerumque fit, ut oppoſitio non ſit τὸ διάμπαξ, ut heic ſane talis non apparet. Regula Juſtiniani non habet aliam mentem, quam Cæſarum, abſolutiſſimè ab illis dicta in *d. l. un. C. Ex del. defunct.* Ex delictis actiones in heredes non dari, niſi quatenus hi ſunt locupletiores. In hanc Juſtiniani poſitionem incidit vox *pœnales*, non ut διαστολὴν faciat, verum quia generaliter, Actiones é delictis ſunt pœnales; ideo qualitas illa expreſſa eſt, exceptionibus uſui locoque ſuo relictis. Quæ generalis qualitas actionum è delicto facit, ut regula ſæpe ita concipiatur; Pœnales actiones in heredes non dantur. *l.* 1. *d. Privat. del. l.* 111. §. 1. *d. R. Jur.* In pœnam heres non ſuccedit *l. pen. d. Op. nov. nunt. l.* 23. §. 8. *Ad L. Aquil.* veriſſime quidem, ſed non tam fortiter, ut nulla niſi pœnalis in heredem non detur. Uno etiam loco ad argumentum à contrario ſenſu, quod ſciam, iſta regula producitur in §. 9. *Inſt. Ad L. Aquil.* Ubi actio Legis Aquiliæ, quæ eſt ex delicto, dicitur in heredem non dari, quia pœnalis eſt, addito; *tranſituram fuiſſe, ſi ultra damnum nunquam lis æſtimaretur.* Unde colligitur, Rei perſecutoriam ex delicto in heredem plane dari. Ad hunc locum opus eſt propria reſponſione; Nam reliquis eo, quod dixi, ſatisfit. De damno viſum eſt uni Juſtiniano hac conſecutione, propter rationem, ut videtur, huic admiſſo peculiarem. Quod enim ex delicto non datur actio in heredem, ratio eſt, quia dolus *ab initio* eſt in omnibus delictis ita, ut eorum ſubſtantia dolus ſit, etiam de quibus actiones ſunt rei perſecutoriæ, ſicut hanc rationem in omnibus ſupra laudatis textibus animadvertere licuit. Dolus autem eſt animi mere perſonale vitium, cujus imputatio non recipit tranſitum de perſona in perſonam; Unum ex omnibus delictis Damnum, ſola culpa, etiam ſine dolo æſtimatur, ad inſtar contractuum, §. 3. & 4. *I. de L. Aquil.* de quo proinde tranſitus in heredem facilius admitti potuiſſet. Sed hæc una exceptio non poteſt abolere prædictam regulam juris abſolutiſſimi, quod heres ex delicto, nonniſi quatenus ad eum pervenit, teneatur *d. l. un.* etſi actio tantum ſit rei perſecutoria, ut tot locis & exemplis patet conſentientibus.

4. Duplex eſt via, per quam diſſentientes in alia omnia tendunt. Prima, quod actiones quædam ex delicto rei perſecutoriæ dentur adverſus heredes, cujuſmodi Vinnius objicit duas, Condictionem furtivam & Rerum amotarum actionem. Priorem dari in heredem ſatis conſtat ex *l.* 9. *d. Condict. furt.* Sed ego cum Bachovio, Wiſſembachio & aliis Furti actionem ex delicto dari, Condictionem ex eodem dari non intelligo, ut in *Prælect. ad d. tit.* §. 1. demonſtravimus. Non magis quam heres delicti reus eſt Furti, actione Furti poteſt teneri. Opponitur actionibus ex maleficio ortis in *l.* 10. §. 2. *d. Compenſat.* Non eſt famoſa *l.* 36. *d. O. & A.* qualis ſi ex furto eſſet, nullo modo eſſe non poſſet, *l.* 1. *d. His qui infam. not.* Datur igitur de furto quidem & ex cauſa furtiva *l.* 2. 3. *d. Condict. furt.* etiam ex furto pendet *d. l.* 36. ſed proprie non *datur ex* furto, ſed ex jure quodam extraordinario, quod

odio furum placuit §. 14. *I. de Act.* Ulpianus in *d. l.* 10. §. 2. duas facit poſitiones, primam; *quoties ex maleficio oritur actio, ut puta ex cauſa furtiva, compenſatio locum habet.* Altera poſitio, *Idem eſt, ſi condicatur ex cauſa furtiva.* Si condictio eſſet *ex maleficio*, nihil opus erat novâ poſitione Sed hanc phraſin *ex cauſa furtiva*, pendere *ex furto*, verum eſt, promiſcue uſurpari de actionibus, quarum cauſa tam materialis quam formalis eſt furtum; *d. l.* 36. *d. O. & A. l.* 21. §. *pen. & ult. d. Act. rer. amot.* Quin ſi alicubi ſcriptum eſſet *ex furto*; materialis an formalis cauſa ſignificaretur, à natura negotii magis quam è verbis colligendum foret. Natura autem civilium rerum ex effectis maxime æſtimatur, qui formaliter ex furto producere debet infamiam, quæ non eſt in condictione furtiva *d. l.* 36.

5. Quod vero attinet ad actionem rerum amotarum, hac parte Vinnius tam palam vim facit *Legi ult. C. Rer. amot.* quæ clare ait, heredem non in ſolidum, ſed quatenus ad eum pervenit, teneri; ut nihil opus ſit refellendo. Si tantopere Vinnio placet argumentum à contrario ſenſu, ut vidimus, applicet hoc Paulo in *l.* 21. §. *pen. D. Rer. amot.* ubi, hæc actio, licet ex delicto naſcatur, tamen rei perſecutionem continet, & ideo heredibus datur: uno ſpiritu *in heredes* dixiſſet, ſi daretur facultas; Etſi verum eſt, condictionem ex hac causâ dari in heredem, ſicut in heredem cujuſlibet furis condictio furtiva datur *l.* 6. §. 4. *eod. h. t.* juncta *d. l.* 9. *d. Cond. furt.* quæ eſt celebris objectio. Illam ego ſic excipio; ex hac causa dari non modo rerum amotarum actionem, quæ verè eſt è delicto *d. l.* 21. ſed etiam condictionem *l.* 24. *h. t.* quæ non minus in heredem datur, quam Condictio furtiva competit adverſus quorumlibet heredes, furum. Aliter alii & nos *alibi*.

6. Altera via, quam ineunt diſcrepantes, eſt, quod actiones ex delicto, quas Juris auctores ajunt eſſe rei perſecutorias, ſint tales à parte actoris, à parte rei verò ſint pœnales, ac ideo quod in heredes non dantur, hoc ideirco fieri, quia tamen ſunt pœnales. Sed Jura non agnoſcunt, opinor, hanc diviſionem. Rei perſecutoriæ actiones ſunt, quibus perſequimur quod ex patrimonio nobis abeſt *l.* 35. *d. O. & A.* Ubi hoc non exceditur, actio manet ejuſdem generis; etſi reus inde nihil lucri perceperit. Eſt quidem hoc aliquid inſtar pœnæ, luere commiſſum, unde nihil commodi ſenſeris *l.* 1. §. 4 *D. Eo per quem fact. er.* Sed hoc etiam ſit in contractibus, ubi ſæpe, qui dolo vel culpa rem alterius fecit deteriorem, ſine ullo commodo tenetur ad damnum alteri ſarciendum; Ut tamen actio maneat abſolute rei perſecutoria. Vox ipſa id indicat, Rem perſequitur actor non reus; Illius igitur reſpectum hæc appellatio ſolius continet, ubi ultra damnum rei nunquam lis æſtimatur; etſi factum quoque puniat, nec ad reum quicquam pervenerit, actio tamen purè eſt rei perſecutoria, per §. 9. *I. de L. Aquil.* & in doloſis contractuum commiſſis. Idque firmant omnes ſuprà laudati textus, qui actiones, quas illi à parte Rei pœnales vocant, conſtanter unaque voce, rei perſecutorias ex delicto dicunt.

7. Quod attinet ad rationem philoſophiæ Civilis ſuperius è Grotio adductam, hanc facile ex eo quod jam occupatum eſt dici, ſuſtinebimus; Rationi magis eſſe conveniens, ut contractus & delicti naturam in principio ſuo, quam in exitu conſideremus. Contractus agunt de rebus ad cujuſque patrimonium ſpectantibus & ſunt ex conventione inter volentes, qua parte heres repræſentat defunctum &

ſucce-

ſuccedit in jus ejus ex Jure Gentium, ut tamen ſi ob delictum ſuperveniens, è contractu pœnalis actio detur, hæc quoque in heredem non detur, quia pœna ſemper eſt mere perſonalis. Puto autem occupaſſe me objectionem, ſi moveatur, hanc; Dolum in contractibus non facere quominus in heredes actio detur, ſiquidem rei perſecutoria eſt; Nec ideo dolum in delicto cum tantum rei perſecutoria eſt actio, idem facere poſſe. Negatur connexum è contractu & delicto. Subſtantia enim contractus eſt conventio; dolus accedit. Quod Principale eſt adficit heredem, acceſſorium ſequitur. Delictum totum dolus, totum merè perſonale eſt atque ejus natura omnis ex animi dolo proficiſcitur & habet evidenter rationem merè perſonalem, ab herede alieniſſimam. Cui proinde juſtitiæ ratio non magis patitur ullam de maleficio defuncti quæſtionem moveri, quam heres ullum penes ſe lucrum è defuncti maleficio retinere poteſt. Si delictum mortui ab herede alienum eſt, fieri nec poteſt, ut actio contra eundem inde moveatur, ſeu plus, ſive nihil, quam quod abeſt ſibi pars læſa perſequatur. Damnum enim maleficio datum ab ipſo maleficio, quando una eſt actio, ſeparari non poteſt, adeo ut, quem hoc non tangit, eum nec iſtud ullo modo tenere queat. Dicamus igitur, rectè & Iuri Naturæ convenienter, Actiones ex delicto rei perſecutorias non dari adverſus heredes, niſi quatenus ſunt locupletiores, eamque receptam Iuris noſtri ſententiam eſſe videri, quanquam ſi quo jure poſitivo cautum fuerit, ut heredes etiam ex delictis, quod attinet ad rei perſecutionem teneantur his, quibus à defunctis damnum eſt datum per maleficium etſi nihil ad ipſos pervenerit, ejuſmodi jus nemo injuſtitiæ arguere poſſit, qua de re dabitur adhuc locus ad *l. 23. §. 8. Ad L. Aquil.* Adde pro hac ſententia diſſerentem Bachovium *diſp. 4. de Action. & ad Fabri Decad. c. 1. & ſeqq.*

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Pedius lib. IX. & *Pomponius lib. XXXIII. ſcribunt, parvi referre ingenuus quis, an libertinus ſit, integræ famæ quis ſit arbiter, an ignominioſus l. 7. §. 1. de Recept. qui arbit. recep.*

1. Non immerito ambigit Mornacius *hic*, an æquum ſit uſumque habere debeat, in quod hic conſentiunt Pedius & Pomponius & Ulpianus, parum referre Vir honeſtus ſit arbiter, *an ignominioſus*. Utique neminem cogendum, ad ſententiam cum infami collegâ dicendam è compromiſſo, Mornacio concedendum fuerit; quod nec Ulpianus ſentire videtur; cum in *l. 9. §. 3.* cogi negat eum, *cujus ſordes aut turpitudo manifeſta ſit.* Ergo nec eum, qui cum eo datus eſt. Imo nec omnino talis arbiter jure datus videtur; quia non cogi in *hoc tit.* dicitur arbiter, qui vel juſta causâ excuſatur, vel non debet exequi compromiſſum, quoties Prætor officium ſuum non interponit *l. 32. §. 1. & ſeq. h. t.* Hæc quomodo cohærent? Dic ita, ſis: Reſpectu compromittentium nihil refert, honeſtus an turpis ſit arbiter, cumque Prætor etiam coget, ut videtur, ad implendum quod recepit; niſi turpitudo in ipſo arbitrii exercitio detegatur, ut ſi corrumpi ſe paſſus ſit, quo niſi fallor, ſpectat *d. l. 9. §. 3.* Sed alioqui non eſt publicum Arbitri officium, à quo in-

Digitized by Google

perſonis ſui juris accidit. Proinde qui arrogatur, ille non deſinit eſſe Tutor, niſi quod Legitima Tutelâ, ſi hac fungitur filiusfam Jure Veteri & tempore Pauli peribat; quia cum hæc ſolis agnatis proximis conveniret, per arrogationem Tutor agnatus eſſe deſinebat iis, quibus antea fuerat; eaque omnia ſatis analogicè ad hunc textum congruunt. Relinquitur uſus regulæ in perſonis alieno juri ſubjectis, qui Tutelâ non Legitima funguntur; nam Legitima vix eſt ut talibus deferri queat, cum proximi agnati eſſe nequeant, patre ſemper eos præcedente. Sed Paulus ait, perſonas in alieno jure poſitas, quibus Tutela deferatur, excipi ab hac regula, quæ dictat, minimam capitis diminutionem amittere Tutelas. Quod ita comparatum eſt, ut contradictionem involvat; ponere certam Regulam, & ſubjicere exceptionem, quæ uſum regulæ continet ac abſolvit.]

2. Non defuerunt undique decora ingenia, quæ huic abſurditati ſuccurrere atque mederi conata ſunt. Princeps diſciplinæ recentioris & humanioris Juriſprudentiæ Cujacius in *not. ad tit.* XI. *Ulpiani*, *Equidem ſcio*, inquit, *Tribonianum cum multa in libris veterum prudentum notis perſcripta eſſent, auctore Juſtiniano in l.2.C.de Vet.jur.enucl.* in eis *explicandis cadere frequenter & labi.* Cenſet igitur ſcriptum fuiſſe in Pauli commentario libro XI. ad Edictum, ita, *Tutelas etiam non amittit capitis diminutio, exceptis, quæ I. A. P. P. deferuntur*, id eſt, ex mente Pauli, *quæ Jure agnationis proximis potiſſimum* deferuntur; ut nempe legitimæ agnatorum Tutelæ, ſecundum ea quæ modo dicta ſunt, exciperentur. Sed Tribonianum has initiales literas ita explicuiſſe putat, ut ſcriptum eſt *ſuprà*, quæ in *Jure alieno perſonis poſitis* deferuntur. Qua hypotheſi debuit etiam Tribonianus addidiſſe particulam *in*, vel Cujacius geminare literam I. Sed hæc conjectura Cujacii, Cenſuræ gravamen auget; ſiquidem eo modo Tribonianus conditor Juris noſtri exhibetur, ut ignorans pueriliter Jus, in quo verſatur, ut ſibi ipſi contradicens in iiſdem terminis, quod de homine ſui temporis doctiſſimo, ut inimici elogium id ipſi reliquerunt, & de Anteceſſoribus, diligentiſſimis Viris, quorum opera, ipſe moderator, uſus eſt, velim Cenſores, ne poſtulent, ut præſumendum ſit. Si erratum ſit aliquando in notis veterum divinandis, factum id exiſtimemus ejuſmodi opinionis errore, qui hominibus eruditis & gravibus haud omnino indignus ſit; qualem hunc futurum fuiſſe nemo dixerit: Ergo Cujacii conjecturam admittere, parum abeſt, quin religio ſit.

3. Aliis igitur viſum eſt ita; In loco Pauli verba, *exceptis his*, παρέλκειν, ſuperflua eſſe, & ab imperito Lectore ad oram libri notata, dein à deſcriptore in textum eſſe relata. Ablatis illis ſenſum eſſe juſtiſſimum; Tutelas non amittit capitis diminutio, *quæ in jure alieno poſitis perſonis deferuntur.* Cujacius in *lib. 9. Obſerv. c.* 17. Judæum hujus emendationis auctorem prodit, à quo ipſe inſimulatus audaciæ ob iſtam conjecturam, viciſſim hunc arguit inſcitiæ; quod τῷ *exceptis* ſublato, regulam generalem Paulo adſcripſerit, quæ non ſit generalis. Nam perſonis etiam ſui juris tutelæ deferuntur; quid his fiet, ſi adoptentur? cur de his nihil Paulus? Poſſet hujus auctor conjecturæ dicere, Paulum, regulam generalem inductione præcipui uſus declaraſſe, qui maxime in perſonis alieno jure ſubjectis conſiſtit. At tamen incommodum manet, quod una enuntiatione, regula generalis deſinit in particularem: quâ re *nihil agitur*, ait *ibidem* Cujacius. Bachovius

vius tamen, *non poſſe locum aliter ſanari*, *niſi verbis his expunctis*, EXCEPTIS HIS, ſcribit in *not. ad Weſemb. h. t. n.* 3. idque preſſius *comm.* ad *τὰ πρῶτα h. t.* repetit: neque tamen illud incongruum à Cujacio notatum aliter exemit idem Bachovius.

4. Antonius Auguſtinus, Goveanus aliique plures ſequuti ſunt editionem Haloandrinam, quæ particulam NON ante verbum *deferuntur*, inſeruit, hoc ſenſu, Capitis diminutio non amittit Tutelas, exceptis his, quæ non deferuntur hominibus alieni Juris, id eſt, Legitimis Tutelis, ad quas filiosfamiliarum admitti non poſſe diximus antea. Goveanus in *lib. 2. var. lect. c.* 12. Lectionem illam cum *τῷ non ante τὸ deferuntur*, ut vulgatam, non ut emendationem refert, ſequitur & explicat; ſed Antonius Auguſtinus eandem probans, non diſſimulat, aliter apud Florentiam legi 1. *emend.* 2. Nos in hac editione vel correctione pariter acquieſcimus, quia nihil habemus quod ſit potius & quo textum, ut ſuprà ſcriptus eſt è Libro Florentino, aliter commodè explicemus. Niſi quis id approbare poſſit, quod olim mihi propoſuit Juvenis doctiſſimus, nunc in ampliſſimâ dignitate conſtitutus, *τὸ exceptis* accipere licere, pro *comprehenſis*, quemadmodum in emptione venditione, quæ ſpecialiter comprehenſa ſunt, excipi dicuntur, cujuſmodi loca Briſſonius habet affatim in *Excipere*. Quæ dein etiam opinio placuit Viro Cl. & doctiſſimo. Bene eſt in hac reſponſione, quod textui Florentino parcit, cujus rei præcipua nobis religio eſt ac eſſe debet. Sed in omnibus illis locis, ubi excipere, pro comprehendere ponitur, ipſa negotii natura ſuppeditat aliquid generale, de quo id quod *excipi*, dicitur, ut ſpeciale, ſegregatur, quo ita *τὸ excipere* propriam ſignificationem retineat; Exempli gratia: *Si ne proſtituatur*, *exceptum eſt l. 6. d. ſerv. export.* ubi exceptum, eſt, diſerte expreſſum & comprehenſum. Sed tu ſic reputa; Emptio-venditio transfert liberum in emptorem arbitrium de re vendita pro lubitu, ſeu bene ſeu male diſponendi. Ergo & proſtituere poteſt ancillam emptam, quod nec olim erat illicitum; Niſi pacto exceptum, id eſt, niſi reſtricta fuiſſet infinita poteſtas dominii contractu emptionis acquiſiti; Sic etiam fere in reliquis ſe res habet; Ejuſmodi aliquid in hoc loco ſimiliter imaginari vellem, ſed nihil reperio. Proinde non video nos heic poſſe carere ſalutari Criticorum particula NON, quod etiam placet Antonio Fabro in *Rational. ad. h. t.*

Paulus Lib. xi. ad Edict.

Ex novis autem Legibus & hereditates & Tutelæ plerumque ſic deferuntur, ut perſonæ naturaliter deſignentur; ut ecce, deferunt hereditatem SCta matri & filio l. 7. in pr. verſ. ex noxis d. Cap. Min.

1. Hotomannus *lib.* 3 *Obſerv. c.* 9. ponit hunc locum inter ea, quæ *Tribonianus male ubique de noſtris*, ait, *ingeniis meritus*, *nobis in cruciatum poſuit*. Satis enim conſtat, ætate Pauli & toto Pandectis æquali tempore, nullas fuiſſe Tutelas, quæ perſonis naturaliter deſignatis, hoc eſt, jure cognationis, deferebantur, ſed ad agnatos proximos unicè pertinebant, quorum non eſt naturalis, ve-

rum civilis conjunctio & deſignatio, §. 1. *Inſt. de Legit. agn. Tut.* Natura enim inter marium & femineam ac emancipatorum propinquitatem nullum poſuit diſcrimen *l.* 4. *C. de Natur. lib.* Sed hereditates verum eſt, novis Legibus & SenatusConſultis ſecundum naturæ ductum magis fuiſſe delatas, ut in SCtis Orphitiano & Tertulliano, quæ de matris liberorumque mutuis ſucceſſionibus egere, factum, poſtquam res jam pridem Jure Prætorio in uſum fori Romani tranſierat. At de Tutelis cognatione naturali æſtimandis iſtæ aliæve Leges aut Senatus Conſulta nihil conſtituere. Sed hoc recentiori Jure demum, in Codice inchoatum, in Novellis abſolutum eſt. Nam Anaſtaſius quemadmodum emancipatum ad legitimam fratris hereditatem admittebat, eodem modo eundem ad Legimam Tutelam vocavit *l. pen. C. de Curat. fur.* Juſtinianus autem generaliter conſtituit, ut quoſcunque jure cognationis ad Legitimas ſucceſſiones admiſerat, iidem ad Tutelas Legitimas vocarentur. *l. ult. §. pen. C. de Legit. hered.* Ergo ita ſtatuendum videtur, à Triboniano eſſe hæc verba, *& Tutelæ*; quæ à mente Pauli aliena, pro ſui temporis uſu miſcuit ipſius orationi, ut Hotomanno & Wiſſembachio noſtro in *emblem. ad h. l.* concedendum videtur; etiam hoc, quod hujuſmodi injectiones obiter ita καὶ ἀκατάλληλως, ſub nomine Veterum factæ, pariunt obſcuritatem & melius abeſſent.

Ulpianus Lib. VII. ad Edict.

Verba Edicti talia ſunt &c. *Item ſi qua alia mihi juſta cauſa eſſe videtur. l.* 1. *in fin. Ex quib. cauſ. maj.*

1. Enumeratio cauſarum & ſpecierum, propter quas Reſtitutio competit, obſignatur clauſula generali ut ob aliam quamlibet juſtam cauſam fieri poſſit. Contra quam extenſionem ſpecierum prolixe diſſerit Antonius Faber inter rationes quidem dubitandi, ſed ita, ut proprius abſit à cenſura, quam & uſus Fori approbare videtur, dum pleræque lites ſuper Reſtitutionibus in integrum, hujus clauſulæ prætextu, quaſi hæc eſſet omnium malarum cauſarum panacæa, moventur & inſtituuntur. Hoc ipſo enim, quod permittitur *ad hanc clauſulam deſcendere, quoties æquitas reſtitutionem ſuggerit*, ut docet Ulpianus in *l.* 26. §. 8. *h. t.* porta videtur aperiri litibus non tam movendis, quam renovandis quæ jure finitæ, dum quiſque ſibi æquitatem arbitratu ſuo fingit: Aut ſi rem hanc à judicis arbitrio pendere ſtatuas, ne hoc quidem ſatis expedit, laxare frena judicum arbitramentis; Eſtque boni Legiſlatoris officium potius agere, ut quamminimum licentiæ interpretationis & extenſionis indulgeatur, Idque in hac parte prætoris Edicti experientia non modo forenſis hodierna tam Judicum, quam Advocatorum reſpectu ſed etiam Juris Interpretum demonſtrat. Dum exempli gratiâ Doctores vulgò majores annis XXV. in integrum reſtitui volunt, ex capite juſtæ ignorantiæ adverſus præſcriptionem decem viginti & triginta annorum, propter hanc generalem clauſulam. Pudendus error, inquit D. Wiſſembachius *ad h. t. th.* 5. ut pluribus etiam probat Faber ad *h. l.* addens: *Hæc omnia Doctorum ſomnia, & aliaſi quæ ſint ejuſmodi, non aliunde quam ex hac Edicti clauſula proficiſcun-*

Digitized by Google

ſciſcuntur, quæ adeò generalis eſt, ut facile quamlibet interpretationem poſſit admittere. Culpandus igitur magis quam laudandus Prætor, quod ſubjecerit hanc clauſulam generalem ſcilicet. Reſpondetur, Id eſſe vitium, quod reprehenditur, non Edicti, ſed hominum, qui Edicti verbis contra mentem Prætoris abutuntur. Vana in opiniones verſari ſolent, ait Livius. Nec cujuſquam Prudentia Legiſlatoris omnes caſus tam præciſe determinare poteſt, ut non aliquid judicantium arbitrio relinquendum ſit. Imo ſi Prætor abrupte concluſiſſet, nullas omnino cauſarum ſpecies præter illas ſex in *l.* 1. & 2. *d. Reſt. in int.* enumeratas eſſe admittendas, graviorem poſteritatis cenſuram hauddubie incurriſſet. Quemadmodum Juſtinianus in *Nov.* 115. non evitavit, quin abſurditatis & iniquitatis inſimuletur, quod exheredationis cauſas certo numero tam peremptorie incluſerit, ut nemini ullas unquam alias ingratitudinis ſpecies allegare liceat. Quod eſſe rationis uſum Poſteritati præcludere cenſent multi, adeoque invito, ut videtur, Juſtiniano, ſimiles vel graviores cauſas eſſe admittendas arbitrantur.

Ulpianus Lib. XII. ad Edict.

Sed quod ſimpliciter prætor edixit, poſteave, *ita accipiendum eſt: ut, ſi inchoata ſit bonæ fidei poſſeſſoris detentatio ante abſentiam, finita autem reverſo, reſtitutionis auxilium locum habeat non quandoque, ſed ita demum, ſi intra modicum tempus, quam rediit, hoc contigit: id eſt, dum hoſpitium quis conducit, ſarcinulas componit, quærit advocatum: nam eum, qui differt reſtitutionem, non eſſe audiendum Neratius ſcribit. l. 15. §. 3. Ex quib. cauſ. maj.*

1. Citat Ulpianus ex Edicto prætoris, quod extat in *l.* 1. *h. t.* verbum *poſteave*, quod tamen ibi non reperitur ὡ κῦ), ut ipſum dicere ſolitum eſſe Ulpianum accepimus ab Athenæo. Ergo ſupplendum eſt, ut rectè A. Faber obſervat, legendumque in *d. l.* 1. §. 1. *Hoſtiumque poteſtate eſſet*, *poſteave* quod ſatius eſt, quam aliud imaginari Edictum Prætoris hujus Rubricæ, ut Johannes, Bulgarus & Accurſius voluerunt. Sed & ſequentem verſiculum, *ſi inchoata ſit bonæ fidei poſſeſſoris detentatio.* Faber ait eſſe corruptum à Triboniano, qui non animadverterit, in ſequentibus, *finita autem reverſo* agi de uſucapione; quod manum & inſcitiam Triboniani omnino prodit, *ait: ſolet enim ille plerumque veterum ſcripta ſic emendare ut tamen non obſervet, an emendationi convenire poſſint ea quæ præcedunt aut ſequuntur.* Quis ferre poteſt talem cenſuræ inſolentiam? Compoſitores nobiliſſimi operis, quod in orbe terrarum poſt literas ſacras extat, tanti arguere ſtuporis, ut textus bene ſitos & perſpicuos verbis à propoſito alienis ſenſuque carentibus deformaverint, nec an ad rem faceret, quod infarciebant breviſſima periodo nullaque difficultate implicita, animadverterint. Qualis autem hæc emendatio, ut pro *uſucapio* emendaverint, *detentatio*? Hoccene Juris Interpretes agere, ut Artis ſuæ conditoribus nihil ſtultius, nihil infantius eſſe potuiſſe demonſtrent? Quid erat æquius, ſi *detentatio* irrepſerit, quam librariis errorem adſcribere? Quod ſane, ſi error ſit, intelligi oportet. Etſi nec hoc forte neceſſarium dictu ſit. Detentationem dixit idem Ulpianus pro detentione in

Digitized by Google

l. 5. pr. d. Impenſis in res dot. fact. ſive poſſeſſione, quæ nihil eſt aliud quam detentio, & cum poſſeſſio facti ſit facti naturam melius exprimit *detentatio* Cum autem hic de uſucapione agi manifeſtum ſit eaque ſæpius omni hoc Tit. nominata fuerit, non eſt abſurdum, Ulpiano placuiſſe poſſeſſionis vel detentationis vocabulum; quod nemo reſpectu uſucapionis eſſe poſitum dubitare poſſet. Miror illum etiam arguere, vocem Quandoque pro *quandocunque* poſitam, ut vitioſe. Poſtremo vocabulum *reſtitutionis* in *fine* §. abundare & eſſe imperiti Interpretis exiſtimat, eo quod hic non agatur de eo qui neglexit petere reſtitutionem. Sed de eo qui neglexit agere, antequam uſucapio impleretur, ut ne reſtitutionis indigeret, idque probat ex *l. ſequ.* ubi continuatur id quod in hoc §. tractatur, in verbis, *Ita demum reſtituatur, ſi non negligentia ſed temporis anguſtia non potuerunt litem conteſtari.* Ego non nego, verbum *poſtea in* Edicto Prætoris, ad modicum tempus reſtringi, quo reverſus adhuc agere potuerit, idque docet *lex* 16. Sed interpretatio modici temporis æque locum habet, ſi reſtitutionem petere neglexit, eamque eſſe quæſtionem *hujus* §. *ult.* diſerte traditur in verbis; *Ut ſi inchoata ſit bonæ fidei poſſeſſoris detentatio ante abſentiam, finita autem, reverſo, Reſtitutionis auxilium locum habeat.* Quæ verba non de actione abſenti & reverſo adhuc competente ſed de uſucapione abſoluta, quo caſu Reſtitutione opus eſt, perſpicue loquuntur. Reliqua, de quibus prolixè Faber, ab Eunomicis aliena ſunt.

Ulpianus Lib. XII. ad Edict.

Julianus libro quarto ſcribit, non ſolum adverſus poſſeſſorem hereditatis ſuccurrendum militi, verum adverſus eos quoque, qui à poſſeſſore emerunt: ut vindicari res poſſint, ſi miles hereditatem adgnoverit. Quod ſi non adgnoverit, ex poſt facto uſucapionem proceſſiſſe manifeſtatur. l. 17. Ex quib. cauſ. maj.

1. Perplexe & moleſtè adverſus hanc legem diſputat Ant. Faber, & in diverſum acutè Bachovius ad *h. t. c. 5. n. 3.* in quibus recenſendis parco Lectori, & ne dolo dicam, mihi *Forſitan* hic uſu veniet, Ariſtotelis illud ἀμαθέστερον σαφέστερον quod indoctius, id clarius & melius. Accurſiana nobis ſufficiunt Miles heres inſtitutus agnovit hereditatem, cujus aliquas res poſſidet Titius bonâ fide. Hic illas res uſucapit Prò herede, eo ſenſu quo plerique uſucapionem pro herede acceperunt in *l. pen. pro Her.* aut alius qui emit à Titio Emptore. Miles impleta uſucapione reverſus impetrat beneficium reſtitutionis in integrum, tam contra Titium, quam adverſus Tertium, eaſque vindicat ab ipſis, qui eſt ſcopus reſtitutionis. Quod autem Faber lectionem vult mutari ut ita legamus, *vindicare res poſſit,* tanti non eſt, cum idem ſit ſenſus, ut manus idcirco Ulpiano inferamus, nec etiam ut tollamus ſequentia *ſi miles hereditatem agnoverit.* Etſi enim abeſſe queant, ſi tamen id genus omnia tollenda forent, non eſſet finis urendi ac ſecandi. Sed ultima verba; Quod ſi non agnoverit *ex poſt facto uſucapionem proceſſiſſe manifeſtatur,* mihi quoque ſuſpecta ſunt, etſi minus Bachovio; cum quod ſtylus *Uſucapionem proceſſiſſe manifeſtatur* minus ſapiat Ulpianum, tum quod uſucapio illa quæ procedat,

dat, nihil ad militem eo caſu, quo non agnovit hereditatem & ad quæſtionem propoſitam attinet. Hoc igitur verſu ſepoſito, argumentum Fabri ſuſtinere poſſe videmur. Poſſeſſor hereditatis, inquit, aut habet titulum aliquem vel nullum. Si habet titulum non tenetur hereditatis petitione *l.9.d.Petit.hered.* Si nullum, uſucapere non poteſt. Reſp. Habet titulum pro herede, ſenſu illo quem diximus, in *Prælect. ad tit. pro Her.* Poſſeſſor hereditatis igitur, hic eſt, qui certas res bona fide pro Herede poſſidet. Nam cum ad univerſam Hereditatem uſucapio, quæ ſingularum rerum eſt, non pertineat: quo præſumpto labitur aliud Fabri argumentum, quod jus adeundi hereditatem ſit perpetuum *l.9. cum l. præced. C. de Jur. delib.* Atque hæc eſt prima Accurſii ſpecies. Altera, quam Faber ſibi adſcribit, ab Accurſio ſuppeditata ſic eſt; Miles ſub conditione certo tempore implenda heres inſtitutus, & reverſus poſt illud tempus, eget beneficio reſtitutionis contra lapſum temporis ut ſibi adire liceat, adverſus poſſeſſorem univerſæ hereditatis, etſi hic uſucapionis termini habiles non adſint, quod nec ad reſtitutionem militi dandam, quæ locum habet in omni præjudicio ipſi per abſentiam Reipubl. cauſa facto, neceſſarium eſt. Sed quomodo in hac ſpecie miles adverſus eos, qui à poſſeſſore hereditatis emerunt, reſtituatur, difficilius eſt explicatu quam in priori ſpecie; quoniam Emptores habent regreſſum adverſus poſſeſſorem hereditatis à quo res emerunt. Poſſeſſor autem ſi bonæ fidei ſit, non tenetur de rebus à ſe venditis, niſi ad pretium reſtituendum, quatenus inde locupletior eſt factus *l.25. §.7.d.Hered.pet.* Hanc difficultatem majori ſubtilitate quàm ſoliditate veri tollit Anton. Faber, cujus rationes acerbe refellit Bachovius ad *h.t.c.5.n.2.* qui præfert utramque Accurſii reſponſionem; quod vel malæ fidei poſſeſſor hereditatis fuerit, vel ejuſmodi caſus ſit ponendus, quo Emptor adverſus venditorem, qui hereditatem poſſedit, non habuerit regreſſum evictionis nomine, quod fieri poſſe docet eadem *lex 25.§.7.* & diximus in *Prælect. ad Tit. de Evict.* Hæc difficultas ut dixi, in priore caſu & ejus applicatione ad *h.L.* ceſſat.

Papinianus Lib. III. Quæſtion.

Denique, ſi emptor, prius quam per uſum ſibi acquireret, ab hoſtibus captus ſit, placet, interruptam poſſeſſionem poſtliminio non reſtitui, quia hæc ſine poſſeſſione non conſtitit. Poſſeſſio autem, plurimum facti habet; cauſa vero facti non continetur poſtliminio l.19. Ex quib. cauſ. maj.

1. Diſſentità Papiniano eique dicam ſcribit Autumnus, his rationibus. I. Animo retinetur poſſeſſio §. *poſſidere 5. Inſt. de Interd.* Quem utique captus ab hoſtibus habere & retinere poteſt. Reſponde pro Papiniano; Animum ſufficere, ad retinendam poſſeſſionem, ubi jus ſaltem poſſeſſionis exſiſtit & remanet. Sed captus ab hoſte fit ſervus §. *ſi ſervus 5. Inſt. Quib. mod. P. P. ſolv.* qui cum ipſe poſſideatur & in dominio ſit, nihil poſſidere, vel in dominio habere poteſt *l.118. d. Reg. Jur.* Ideoque animus non ſufficit ubi deſunt termini habiles Poſſeſſionis. Inſtat ille, Furioſos retinere poſſeſſionem nemo dubitat, qui prorſus animo carent Sed hi jus ipſum retinent actu primo, etſi non actu ſecundo & exercito; Servis autem

ne id

ne id quidem adſcribi poteſt. Rurſus ille; Servus ejus qui captus eſt ab hoſte poteſt acquirere & retinere domino poſſeſſionem rei à ſe emptæ *l. ſi is qui* 15. *d. Uſucap.* Quomodo igitur quod ſervus eſt, obſtare poteſt domino, quod non obſtat ejus ſervo? Hoc quidem ſubtilius videtur. Enimvero per ſervum non poteſt ab hoſte captus retinere poſſeſſionem, quam prius habuerat *d. l.* 15. Sed hoc verum eſt; ſi ſervus ejus qui in hoſtium poteſtate eſt, emerit ex cauſâ peculiari, in pendenti eſſe uſucapionem; cum hoc effectu, ut ſi dominus reverſus fuerit, uſucaptum intelligatur. *d. l.* 15. *l.* 23. §. 3. *in pr. h. t.* Valet igitur poſtliminium in poſſeſſione, quam ſervus ejus qui ſervus hoſtium eſt, acquiſivit; non valet in eo, quod ipſe per ſe vel per ſervum ſuum poſſedit. Hæc quomodo cohærent? Nonne ſatius eſt, cum Autumno ſtatuere, poſtlimininium indiſtinctè locum habere, ſi dominus ab hoſte reverſus ſit, ut poſſeſſio & uſucapio continuata videatur? in quâ ſententia Marcellum eſſe, dum fictionem poſtliminii plenius accipiendam eſſe docet in *d. l.* 15. opinatur Autumnus. Sed non eſt recedendum à Papiniano in *h. l.* & Juliani in *d. l.* 15. ſententia, ceſſare poſtliminium in his quæ facti ſunt, qualis eſt poſſeſſio. Proinde cum is qui captus eſt ab hoſte, jam ipſe poſſideatur & poſſidere deſinat, id quod per ſe vel animo ſuo per corpus alienum ſervi aut coloni poſſidebat, non poteſt ibi fictio poſtliminii contra veritatem facti habere locum. Alia eſt ratio ejus quod ſervus ex cauſa peculiari comparavit; hoc enim ſuo nomine traditum accepit, & cum dominum facto jam non habeat, poſſeſſionem quæ facti eſt, per ſe inchoare poteſt, ac ita ſpem poſtliminii fundare ſuo domino. De Marcelli ſententia vide ſis gloſſam in *d. l.* 15. At de moribus hodiernis, concedimus Autumno & Groenewegio, cum ab hoſtibus capti non fiant amplius ſervi, non eſſe quod de continuatione poſſeſſionis hac parte dubitemus. Cæterum, quid eſt, quod in hac *l.* 19. Papinianus ait, *Placet, interruptam poſſeſſionem poſtliminio non reſtitui, quia hæc ſine poſſeſſione non conſtitit?* Autumnus pro *hæc*, edidit, *hoc*; ut non ad poſſeſſionem ſed ad negotium quod poſſeſſione perpetratur, uſucapionis, ſe referat ultimus verſus. Petrus Faber 2. *ſemeſtr.* 25. non dubitat, quin deſcriptoris Florentini exemplaris, calamus aberraverit, ut ob vicinum *poſſeſſionis* vocabulum, pro *uſucapionem* poſuerit poſſeſſionem. Quod ut Papiniano dignius cum de ſenſu nihil ambigatur, magis etiam placet. Similis error & emendandi neceſſitas eſt in *l.* 31. *h. t.* Abeſſe Reipubl. cauſa intelligitur & is, qui ab urbe profectus eſt, licet nondum provincia exceſſerit; Lege *provinciam acceſſerit*, etſi hanc quoque lectionis mutationem nonnulli eludant. Sed vide Cujacium 12. *obſerv.* 33.

Ulpianus Lib. VI. ad L. Jul. & Pap.

Si cui in provincia ſuâ Princeps adſidere ſpeciali beneficio permiſerit, puto eum Reipubl. causâ abeſſe: Quod ſi non ex permiſſu hoc fecerit, conſequenter dicemus, cum crimen admiſit, non habere eum privilegia eorum, qui Reipubl. causâ abſunt. l. 38. *d. t. Ex quib. maj.*

I. Non immerito Groenewegius hujus loci ſententiam ab uſu rectoque ſenſu alienam

alienam cenſere videtur; quod Reipublicæ cauſa abeſſe dicitur is, qui in patriâ ſuâ, Præſidis Adſeſſor à Principe conſtitutus eſt, cum nemo in eadem provincia pro abſente haberi poſſit, ut de uſucapione propitum eſt in *l. ult. C. de Præſcript. long. tem.* Qui extra patriam Reipubl. causâ profectus eſt, Abeſſe dicitur *l. 35. §. Qui Reipubl. 7. h. t.* Et Magiſtratus, qui Romæ dant operam Reipubl. non abſunt Reipubl. cauſa *l. 15. & l. 16 h. t.* Ad primam objectionem; reſp. Adſeſſor eſt in functione muneris publici, cujus occupatio facit, ut pro abſente in ejuſdem quoque provinciæ diſtantibus locis haberi poſſit. Hæc ratio non eſt in privato, cujus res uſucapitur. Ad II. Qui extra patriam profectus eſt, pro abſente ſine dubio habetur; Inde tamen non ſequitur, intra patriam id nullo modo fieri poſſe, fallaci à contrario ſenſu argumento. Ad III. Non eadem ratio eſt Urbis, quæ Provinciæ latè patentis. Denique, Adſeſſor, in metropoli adjunctus Præſidi, ut illic adſiduo commoretur, aliquando procul à domicilio ſuo, non poteſt non merito pro abſente Reipubl. causâ haberi. Nam ſi ex eâdem metropoli ſit oriundus, non magis abeſſe videtur, quam magiſtratus in urbe Româ pro abſentibus Reipubl. cauſa habentur *d. l. 15. §. 1. & l. 16. h. t.*

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Hæc actio non eſt pœnalis, ſed rei perſecutionem arbitrio judicis continet; quare & heredi dabitur. In heredem autem l. 4 §. ult. d. Alienat. jud. mut. c. f.

Paulus Lib. XI. ad Edict.

Vel ſimilem l. 5. eod.

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Vel poſt annum, non dabitur l. 6. eod.

Gajus Lib. IV. ad Edict. Provinc.

Quia pertinet quidem ad rei perſecutionem, videtur autem ex delicto dari l. 7. eod.

1. Poterat Cenſuræ notam mereri ineptia connexionum in his locis & artificii μικρολογία; Niſi quis repetere velit memoria, quod ab initio notavimus; Auctorum nomina, quæ hic faciunt deformitatem, judicio Lectoris auferenda eſſe, cum Cæſar omnem fecit ſuum contextum, eoque facto nihil erit deformitatis. Sed eſt aliud argumentum Cenſuræ, in eo conſiſtens; quod hæc actio, quæ datur ex facto alienandi rem in fraudem alterius, qui jus ſuum in eam rem proſecu-

turus ſit, quo durior adverſarius ipſi objiciatur, heredi quidem ejus, in cujus invidiam facta eſt alienatio, detur; in heredem autem alienantis vel ſimilem, ut eſt bonorum poſſeſſor vel fideicommiſſarius, non detur, eo quod ex delicto eſſe videatur. Atqui longe alia videtur eſſe ratio philoſophiæ Civilis; quæ vult heredem teneri ex omnibus rei perſecutoriis actionibus, etſi è delicto ſint; non teneri de pœnalibus, etſi è contractu fuerint: eo quod heres defunctum repræſentat *in bonis*, ad quæ pertinent rei perſecutoriæ actiones; non ita in *meritis*, quæ perſonalia ſunt, quo pœnæ ſpectant. Ita Grotius in *lib.* 2. *de J. B. & P. Cap.* 21. *n.* 19. Hinc *evincitur*, ait Vinnius, *ſi quæ ſint ex maleficio actiones non pœnæ, ſed rei perſecutoriæ actiones, eas in heredem dari: Si qua ſit pœnalis è contractu, illam in heredes non competere.* Comment. *ad tit. Inſt. de Perpet. & temp. act.* §. 1. *n.* 2. & 3.

2. At hic loci Juris Auctores aliter tradunt; aliquas actiones rei perſecutorias in heredem non dari, quia ſunt ex delicto; ratione non petitâ à materiâ ſed à principio actionis. Quod Impp. Diocletianus & Maximianus ajunt eſſe Juris abſolutiſſimi, heredem ejus qui deliquit in id tantum, quod ad eum pervenit, teneri, niſi litis conteſtatio facta ſit, per quam actio tranſit in heredes in ſolidum, jure tralatitio *l. un. C. Ex delict. defunct.* quale eſt etiam, quod turpia lucra ſint heredibus extorquenda, *l.* 5. *in pr. d. Calumniator.* Sed extra caſum litis conteſtatæ & lucri apud heredes manentis, hæc eſt ſententia Juris Romani, heredes è defunctorum delictis nullo modo teneri *d. l. un.* Idque tot exemplis, quot è delictis actiones non pœnales ſunt, adfirmatur. Primo, hujus actionis, quæ datur in locis ſuprà ſcriptis. Dein Interdictum Unde vi eſt Actio rei perſecutoria *l.* 3. §. 1. *de vi & vi arm.* Sed, quia datur ob factum atrox *l.* 1. §. 3. *eod.* non datur in heredem qua talem ſed ut poſſeſſorem lucri ad ſe non pertinentis; ita ut quilibet extraneus poſſeſſor hac cauſa tenetur *l.* 3. §. *ult. l.* 9. *pr. eod.* Ejuſdem generis eſt, actio, quæ datur adverſus eum, qui dolo malo impedit aliquem judicio ſiſti, & eſt æquè in id quod intereſt tantum; quia tamen ex delicto competit, adverſus heredem, hactenus ſaltem datur, ut ex dolo defuncti heres nihil lucretur *l.* 1. §. *ult. D. eo per quem fact.* Talis eſt actio de dolo *l.* 26. *d. dolo malo.* Actio quæ datur adverſus menſorem, qui falſum modum dixit *l.* 3. *Si menſ. falſ. mod.* Quæ datur in falſum Tutorem *l.* 9. §. 1. *Quod falſ. Tut.* Qui merces peculiares dolo malo diſtribuit *l.* 7. §. *ult. d. Tribut. act.* In eum qui vim fecit in poſſeſſionem miſſo, *l.* 1. §. *ult. Ne vis fiat ei, qui in poſſ. miſſ.* Adverſus eum qui in jus vocatum vi exemit *l. pen.* §. 1. *Ne quis eum qui in jus voc.* Denique, talis eſt Actio rerum amotarum *l. ult. C. de Act. rer. amot.* & ſi quæ ſint ſimiles, de quibus uno ore Juris auctores prædicant, eas utcunque rei preſecutorias, in heredes non dari, quia ſunt ex delicto, explentes regulam Juris abſolutiſſimam, quæ traditur & inculcatur in *d. l. un.*

3 Hæc ſententia Juris Romani, non ſpectandum eſſe τὸ pœnale vel rei perſecutorium, ſed originem ex delicto, & quod in heredem non tranſeat, multis adverſa rationi, ſcilicet ei, quam diximus, eſſe videtur. Ideoque licet tot locis evidentiſſime teſtata, luce clarius extat, non deſunt, qui τὸ διότι putantes incongruum, negant etiam τὸ ὅτι, diverſamque Juris noſtri ſententiam eſſe contendunt; pro quibus enixe diſputat Vinnius in *d. loco.* Hoc primo examinandum, dein rationi philoſophiæ civilis objectæ ſatisfaciendum. Juris hanc eſſe mentem Romani, Actio-

nes

Digitized by Google

nes pœnales non dari in heredem, Rei perſecutorias ſemper dari, undecunque ortas, tenent illi, primo ex §. *Non autem* 1. *Inſt. de Perpet. & temp. act.* ubi certiſſimâ juris regula eſſe dicitur *ex maleficiis pœnales actiones in heredem rei non competere*, unde ex oppoſito ſenſu colligunt, ex maleficio rei perſecutorias actiones in heredem dari, *quoniam contrariorum contraria ſunt conſequentia.* Scribit Vinnius ad *d.* §. 1. *n.* 2. Sed hoc à contrario ſenſu argumentum eſſe fallax infinitis inſtantiis conſtat, quia facile & plerumque fit, ut oppoſitio non ſit τὸ διάμπαξ, ut heic ſane talis non apparet. Regula Juſtiniani non habet aliam mentem, quam Cæſarum, abſolutiſſimè ab illis dicta in *d. l. un.* C. *Ex del. defunct.* Ex delictis actiones in heredes non dari, niſi quatenus hi ſunt locupletiores. In hanc Junſtiniani poſitionem incidit vox *pœnales*, non ut διαστολὴν faciat, verum quia generaliter, Actiones é delictis ſunt pœnales; ideo qualitas illa expreſſa eſt, exceptionibus uſui locoque ſuo relictis. Quæ generalis qualitas actionum è delicto facit, ut regula ſæpe ita concipiatur; Pœnales actiones in heredes non dantur. *l.* 1. *d. Privat. del. l.* 111. §. 1. *d. R. Jur.* In pœnam heres non ſuccedit *l. pen. d. Op. nov. nunt. l.* 23. §. 8. *Ad L. Aquil.* veriſſime quidem, ſed non tam fortiter, ut nulla niſi pœnalis in heredem non detur. Uno etiam loco ad argumentum à contrario ſenſu, quod ſciam, iſta regula producitur in §. 9. *Inſt. Ad L. Aquil.* Ubi actio Legis Aquiliæ, quæ eſt ex delicto, dicitur in heredem non dari, quia pœnalis eſt, addito; *tranſituram fuiſſe, ſi ultra damnum nunquam lis æſtimaretur.* Unde colligitur, Rei perſecutoriam ex delicto in heredem plane dari. Ad hunc locum opus eſt propria reſponſione; Nam reliquis eo, quod dixi, ſatisfit. De damno viſum eſt uti Juſtiniano hac conſecutione, propter rationem, ut videtur, huic admiſſo peculiarem. Quod enim ex delicto non datur actio in heredem, ratio eſt, quia dolus *ab initio* eſt in omnibus delictis ita, ut eorum ſubſtantia dolus ſit, etiam de quibus actiones ſunt rei perſecutoriæ, ſicut hanc rationem in omnibus ſupra laudatis textibus animadvertere licuit. Dolus autem eſt animi mere perſonale vitium, cujus imputatio non recipit tranſitum de perſona in perſonam; Unum ex omnibus delictis Damnum, ſola culpa, etiam ſine dolo æſtimatur, ad inſtar contractuum, §. 3. & 4. *I. de L. Aquil.* de quo proinde tranſitus in heredem facilius admitti potuiſſet. Sed hæc una exceptio non poteſt abolere prædictam regulam juris abſolutiſſimi, quod heres ex delicto, nonniſi quatenus ad eum pervenit, teneatur *d. l. un.* etſi actio tantum ſit rei perſecutoria, ut tot locis & exemplis patet conſentientibus.

4. Duplex eſt via, per quam diſſentientes in alia omnia tendunt. Prima, quod actiones quædam ex delicto rei perſecutoriæ dentur adverſus heredes, cujuſmodi Vinnius objicit duas, Condictionem furtivam & Rerum amotarum actionem. Priorem dari in heredem ſatis conſtat ex *l.* 9. *d. Condict. furt.* Sed ego cum Bachovio, Wiſſembachio & aliis Furti actionem ex delicto dari, Condictionem ex eodem dari non intelligo, ut in *Prælect. ad d. tit.* §. 1. demonſtravimus. Non magis quam heres delicti reus eſt Furti, actione Furti poteſt teneri. Opponitur actionibus ex maleficio ortis in *l.* 10. §. 2. *d. Compenſat.* Non eſt famoſa *l.* 36. *d. O. & A.* qualis ſi ex furto eſſet, nullo modo eſſe non poſſet, *l.* 1. *d. His qui infam. not.* Datur igitur de furto quidem & ex cauſa furtiva *l.* 2. 3. *d. Condict. furt.* etiam ex furto pendet *d. l.* 36. ſed proprie non *datur ex* furto, ſed ex jure quodam extraordinario, quod

Digitized by Google

odio furum placuit §. 14. *I. de Act.* Ulpianus in *d. l.* 10. §. 2. duas facit poſitiones, primam; *quoties ex maleficio oritur actio, ut puta ex cauſa furtiva, compenſatio locum habet.* Altera poſitio, *Idem eſt, ſi condicatur ex cauſa furtiva.* Si condictio eſſet *ex maleficio*, nihil opus erat novâ poſitione. Sed hanc phraſin *ex cauſa furtiva*, pendere *ex furto*, verum eſt, promiſcue uſurpari de actionibus, quarum cauſa tam materialis quam formalis eſt furtum; *d. l.* 36. *d. O. & A. l.* 21. §. *pen. & ult. d. Act. rer. amot.* Quin ſi alicubi ſcriptum eſſet *ex furto*; materialis an formalis cauſa ſignificaretur, à natura negotii magis quam è verbis colligendum foret. Natura autem civilium rerum ex effectis maxime æſtimatur, qui formaliter ex furto producere debet infamiam, quæ non eſt in condictione furtiva *d. l.* 36.

5. Quod vero attinet ad actionem rerum amotarum, hac parte Vinnius tam palam vim facit *Legi ult. C. Rer. amot.* quæ clare ait, heredem non in ſolidum, ſed quatenus ad eum pervenit, teneri; ut nihil opus ſit refellendo. Si tantopere Vinnio placet argumentum à contrario ſenſu, ut vidimus, applicet hoc Paulo in *l.* 21. §. *pen. D. Rer. amot.* ubi, hæc actio, licet ex delicto naſcatur, tamen rei perſecutionem continet, & ideo heredibus datur: uno ſpiritu *in heredes* dixiſſet, ſi daretur facultas; Etſi verum eſt, condictionem ex hac causâ dari in heredem, ſicut in heredem cujuſlibet furis condictio furtiva datur *l.* 6. §. 4. *eod. h. t.* juncta *d. l.* 9. *d. Cond. furt.* quæ eſt celebris objectio. Illam ego ſic excipio; ex hac causa dari non modo rerum amotarum actionem, quæ verè eſt è delicto *d. l.* 21. ſed etiam condictionem *l.* 24. *h. t.* quæ non minus in heredem datur, quam Condictio furtiva competit adverſus quorumlibet heredes, furum. Aliter alii & nos *alibi.*

6. Altera via, quam ineunt diſcrepantes, eſt, quod actiones ex delicto, quas Juris auctores ajunt eſſe rei perſecutorias, ſint tales à parte actoris, à parte rei verò ſint pœnales, ac ideo quod in heredes non dantur, hoc idcirco fieri, quia tamen ſunt pœnales. Sed Jura non agnoſcunt, opinor, hanc diviſionem. Rei perſecutoriæ actiones ſunt, quibus perſequimur quod ex patrimonio nobis abeſt *l.* 35. *d. O. & A.* Ubi hoc non exceditur, actio manet ejuſdem generis; etſi reus inde nihil lucri perceperit. Eſt quidem hoc aliquid inſtar pœnæ, lucre commiſſum, unde nihil commodi ſenſeris *l.* 1. §. 4 *D. Eo per quem fact. er.* Sed hoc etiam ſit in contractibus, ubi ſæpe, qui dolo vel culpa rem alterius fecit deteriorem, ſine ullo commodo tenetur ad damnum alteri ſarciendum; Ut tamen actio maneat abſolute rei perſecutoria. Vox ipſa id indicat, Rem perſequitur actor non reus; Illius igitur reſpectum hæc appellatio ſolius continet, ubi ultra damnum rei nunquam lis æſtimatur; etſi factum quoque puniat, nec ad reum quicquam pervenerit, actio tamen purè eſt rei perſecutoria, per §. 9. *I. de L. Aquil.* & in doloſis contractuum commiſſis. Idque firmant omnes ſuprà laudati textus, qui actiones, quas illi à parte Rei pœnales vocant, conſtanter unaque voce, rei perſecutorias ex delicto dicunt.

7. Quod attinet ad rationem philoſophiæ Civilis ſuperius è Grotio adductam, hanc facile ex eo quod jam occupatum eſt dici, ſuſtinebimus; Rationi magis eſſe conveniens, ut contractus & delicti naturam in principio ſuo, quam in exitu conſideremus. Contractus agunt de rebus ad cujuſque patrimonium ſpectantibus & ſunt ex conventione inter volentes, qua parte heres repræſentat defunctum & ſucce-

ſuccedit in jus ejus ex Jure Gentium, ut tamen ſi ob delictum ſuperveniens, è contractu pœnalis actio detur, hæc quoque in heredem non detur, quia pœna ſemper eſt mere perſonalis. Puto autem occupaſſe me objectionem, ſi moveatur, hanc; Dolum in contractibus non facere quominus in heredes actio detur, ſiquidem rei perſecutoria eſt; Nec ideo dolum in delicto cum tantum rei perſecutoria eſt actio, idem facere poſſe. Negatur connexum è contractu & delicto. Subſtantia enim contractus eſt conventio; dolus accedit. Quod Principale eſt adficit heredem, acceſſorium ſequitur. Delictum totum dolus, totum merè perſonale eſt atque ejus natura omnis ex animi dolo proficiſcitur & habet evidenter rationem merè perſonalem, ab herede alieniſſimam. Cui proinde juſtitiæ ratio non magis patitur ullam de maleficio defuncti quæſtionem moveri, quam heres ullum penes ſe lucrum è defuncti maleficio retinere poteſt. Si delictum mortui ab herede alienum eſt, fieri nec poteſt, ut actio contra eundem inde moveatur, ſeu plus, ſive nihil, quam quod abeſt ſibi pars læſa perſequatur. Damnum enim maleficio datum ab ipſo maleficio, quando una eſt actio, ſeparari non poteſt, adeo ut, quem hoc non tangit, eum nec iſtud ullo modo tenere queat. Dicamus igitur, rectè & Iuri Naturæ convenienter, Actiones ex delicto rei perſecutorias non dari adverſus heredes, niſi quatenus ſunt locupletiores, eamque receptam Iuris noſtri ſententiam eſſe videri, quanquam ſi quo jure poſitivo cautum fuerit, ut heredes etiam ex delictis, quod attinet ad rei perſecutionem teneantur his, quibus à defunctis damnum eſt datum per maleficium etſi nihil ad ipſos pervenerit, ejuſmodi jus nemo injuſtitiæ arguere poſſit, qua de re dabitur adhuc locus ad *l.* 23. §. 8. *Ad L. Aquil.* Adde pro hac ſententia diſſentientem Bachovium *diſp.* 4. *de Action. & ad Fabri Decad. c.* 1. *& ſeqq.*

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Pedius lib. IX. & *Pomponius lib.* XXXIII. *ſcribunt, parvi referre ingenuus quis, an libertinus ſit, integræ famæ quis ſit arbiter, an ignominioſus l.* 7. §. 1. *de Recept. qui arbit. recep.*

1. Non immerito ambigit Mornacius *hic*, an æquum ſit uſumque habere debeat, in quod hic conſentiunt Pedius & Pomponius & Ulpianus, parum referre Vir honeſtus ſit arbiter, *an ignominioſus*. Utique neminem cogendum, ad ſententiam cum infami collegâ dicendam è compromiſſo, Mornacio concedendum fuerit; quod nec Ulpianus ſentire videtur; cum in *l.* 9. §. 3. cogi negat eum, *cujus ſordes aut turpitudo manifeſta ſit*. Ergo nec eum, qui cum eo datus eſt. Imo nec omnino talis arbiter jure datus videtur; quia non cogi in *hoc tit.* dicitur arbiter, qui vel juſta causâ excuſatur, vel non debet exequi compromiſſum, quoties Prætor officium ſuum non interponit *l.* 32. §. 1. *& ſeq. h. t.* Hæc quomodo cohærent? Dic ita, ſis: Reſpectu compromittentium nihil refert, honeſtus an turpis ſit arbiter, cumque Prætor etiam coget, ut videtur, ad implendum quod recepit; niſi turpitudo in ipſo arbitrii exercitio detegatur, ut ſi corrumpi ſe paſſus ſit, quo niſi fallor, ſpectat *d. l.* 9. §. 3. Sed alioqui non eſt publicum Arbitri officium, à quo infamis

famis arcetur. Si quis à probroſi hominis judicio rem ſuam velit ſuſpendere, fiat, quis eum prohibeat? *Summum quiſque cauſæ judicem facit quemcunque eligit*, ait Plinius in *præfat. Hiſt. natur*. An alius, qui non ſciens infamem juxta ſe eſſe electum ſuſcepit arbitrium, cogendus ſit à Prætore, non expreſſum eſt, neque putem cogendum, per ea quæ Mornacius *hic*.

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Si quis Judex ſit, arbitrium recipere ejus rei, de quâ judex eſt, inve ſe compromittere jubere prohibetur Lege Juliâ; & ſi ſententiam dixerit, non eſt danda pœna perſecutio l. 9. §. 2. d. Recept. qui arb. recep.

1. Quid hoc ita? Non dubitant hodie Judices recipere arbitrium & valent eorum ſententiæ: Quod & Juri Canonico adſcribitur cap. 5. x. *de Arbitr.* Groeneweg. ad *h. l.* Idque tam videtur ad præcidendas lites pertinere, quam Jus Romanum ab æquitate deflectere. Varia proferuntur à Mornacio aliiſque ad *h. l.* Mihi de judice pedaneo textum hunc agere certum eſt, qui voce Judicis ſimpliciter poſita in Pandectis intelligitur, ut Lexicographi docent. Talis autem judex à Magiſtratu datus, hoc quod ipſi injunctum eſt, agere debet; non ſuo arbitratu delegatione abjectâ, deſcendere ad arbitrium. Sed noſtri Iudices ſunt Magiſtratus, qui Iure Civili quoque potuiſſent Arbitri eſſe, ſi modo ad effectum coactionis imperio ſubjecti fuiſſent: *l. 3. §. ult. & l. ſequ. h. t.* quemadmodum in noſtris obtinet Iudicibus; quando non ſingulis perſonis hodie, ſed integris Collegiis Iuriſdictio competit.

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Interdum, ut Pomponius ſcribit, rectè nudo pacto fiet compromiſſum, ſi ambo debitores fuerunt & pacti ſunt, ne petat, quod ſibi debetur, qui ſententiæ arbitri non paruit. l. 11. §. 3. eod. tit.

1. Mæſtertius in *lib. 1. Juſtit. L. Romanar. c. 47.* valde pugnat, non eſſe juri civili infligendum hunc opinionis errorem, quod compromiſſum è pacto ſine ſtipulatione non habeat effectum actionis, ut hic textus haud obſcure ſignificat, dum ait; *Interdum* & nudo pacto recte compromitti, quando alius è compromiſſo non quæritur effectus, quam *ne petatur*, ut petitio per exceptionem elidatur. Unde rectè colligitur, quo nihil eſt certius, quam ut actio è compromiſſo detur, Stipulationem utrimque requiri. Pendet hæc res ex eo, quod habuimus ad *l. 7. §. 4. d. Pact.* an ex pacto detur actio quod Maſtertius putat, ſi modo conſtet ſerio animoque deliberato, ut eſt compromiſſum, fuiſſe initum. Verum ut hanc ejus ſententiam manifeſta juris auctoritate refelli probavimus illic, ita de compromiſſo nullum eſt dubium, quin ut actio inde competat, ſtipulatio requiratur. Nec inde contra Eunomiam plus objectionis colligi poteſt; quam in capite de Pactis ineſſe demonſtravimus in *loco*. Jocularium eſt, quod Mæſtertius idem captat verba *l. 27. §. ult. h. t.*

Google

h. t. Si pœna non fuiſſet compromiſſa, ſed ſimpliciter ſententiæ ſtari quis promiſerit, incerti adverſus eum foret actio. Quid ſit ibi *ſimpliciter promiſſum*, verba textus loquuntur, *ſine pœna* ſcilicet; hoc ille de pacto ſine ſtipulatione intelligi vult vehementer, invita Juris ratione, cum gloſſa & omnibus, opinor, Interpretibus.

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Si in duos ſic fuerit compromiſſum, ut, ſi diſſentirent, tertium adſumant, puto, tale compromiſſum non valere; nam in adſumendo poſſunt diſſentire. Sed ſi ita ſit, ut eis tertius adſumeretur Sempronius, valet compromiſſum, quoniam in adſumendo diſſentire non poſſunt l. 17. §. 5. h. t. Sed uſitatum eſt etiam, in duos compromitti, & debet Prætor cogere arbitros, ſi non conſententiant, tertiam certam eligere perſonam, cujus auctoritati pareatur, l. 17. § 6. in fin. d. Recept. qui arbitr.

1. Hæc parum cohærere cenſet Groenewegius, *quia diſcordiæ periculum non magis ſubeſt, cum expreſſè, quam cum tacite actum eſt, ut diſſentientes tertium adſumant.* Et Jure Canonico non dubitatur, quin duo rectè arbitri conſtituantur, hac Lege, ut ſi diſcrepent, tertium adſumant, *cap. cum ſpeciali x. de Appellat.* qui vulgo *ſuperarbiter* appellatur, nihilque uſitatius eſt his diebus; *Et prudentia noſtrorum illa ſemper eſt*, inquit Mornacius *hic*, ut *fere nunquam in eo diſſentiant.* Galli ergo feliciores hac parte ſint, quam Ulpianus de Romanis præſumſit. Sed primo videndum, an Ulpianus ſecum ipſe conveniat; Nam duos, cum poteſtate eligendi tertium, ſine nomine non vult eligi Arbitros, propter naturalem hominum diſſentiendi facilitatem. Rurſus, electos duos vult cogi ad eligendum tertium. Quid ſi & tum diſſentiant, an etiam Prætor eos coget ad conſentiendum? Exiſtimo, Non poteſt; non habet facultatem: *mihi profectò hic aqua hæret*, inquit Bachovius poſt examinatas Accurſii rationes. Iterum *Rationi*, inquit, *repugnat*, quod Ulpianus hic ſcribit, in *Dig. ad h. t. c. 2. n. 3.* Ulpianum ita velle, Prætoris partes eſſe *nominare* tertium aliquem, ut eum duo diſſentientes adſumant: hoc eſſe quod dicitur, *Prætor cogere debet arbitros tertiam CERTAM eligere perſonam.* Eligere ſibique adjungere, quem prætor illis nominat. Etſi communiter hodie, cum res uſu venit, coactionis officium, in genere, abſque nominatione certa adhibetur. Sed mihi ſententia Ulpiani exactior & magis juridica videtur, quam mos hodiernus. Res quæ unicè pendet à compromiſſo ac inde ſine judicis interventu dijudicanda eſt, *l. 21. l. 32. §. 15. l. 46. h. t.* ita conſtitui debet, ut exitum vi compromiſſi habere poſſit, non implicitum & in ſe ipſum ruentem. Quod facile uſu venire poſſe, ſi duobus electio tertii incerta committatur, quicquid de Gallorum hac parte prudentia Mornacius prædicet, res & uſus docet. Cui vitando incommodo ita à partibus conſultum memini, ut unius arbitrio tertii electio committeretur, quod ab Ulpiani ſententia non abhorret. Quid ſi de tertio nihil in compromiſſo ſit cautum? Prætoris officium in *certam* perſonam nominatim dirigendum eſt, ut monet Ulpianus. Alioqui, ſi Prætor ſub mulcta certa duobus injungat arbitris, ut tertium eligant in certum, nec hi convenire queant, mulcta conſtringeret eos ad factum, quod non eſt in poteſtate ſingulorum & de

quo

Digitized by Google

quo nihil recceperunt. Cæterum, quod Ulpianus ait, non valere compromiſſum in duos, cum electione Tertii incerti, ita ſine dubio capiendum eſt, ut ſiduo deinconſenſerint in tertium, ex poſt-facto valeat compromiſſum: Si conſentire nequeant, in irritum cedet: Niſi tamen officio Magiſtratus, quod ſæpe conventionum terminos egreditur, etiam tum contineri dicamus, ut vel ſorte rem dirimi jubeat, aut ipſe tertiam perſonam adjungat *certam*, quemadmodum hoc facere poteſt, ſi nihil de tertio eligendo in compromiſſo reperiatur. Adde Fabr. *in Rational. ad. h. l.*

Ulpianus Lib. XIII. ad Edictum.

Celſus libro ſecundo Digeſtorum ſcribit, ſi in tres fuerit compromiſſum, ſufficere quidem duorum conſenſum ſi præſens fuerit & tertius alioquin abſente eo licet duo conſentiant, arbitrium non valere; quia in plures fuit compromiſſum, & potuit præſentia ejus trahere eos in ejus ſententiam l. 17. §. ult. d. Recept. qui arb.

1. Hanc juris civilis ſententiam mutat, an emendat Pontifex Bonifacius VIII. *in cap. ult. de Arbitr. in 6.* etſi negat eam eſſe mutationem Mæſtert. *in lib. 1. de Juſt. LL. Roman. c. 50.* quia Pontifex, ait ille, de *amicabili piorum hominum compoſitione loquatur, uti contingit, cum frater in fratrem peccavit, de quo Matth. cap. 18. v. 15. & ſeqq.* idque *probo*, inquit, quia Pontifex in *d. C. ult.* ſubjicit hæc verba; *Ut ſic ipſius abſentia, præſentia repleta divina, eam reputari faciat pro præſente*; petita manifeſte, ait Mæſtertius ex *d. cap. 18. Matth. verſ. 20.* Quid hujus rei ſit, Lector ex ipſis Bonifacii verbis, collatis cum Ulpiani ſuprà ſcriptis; exiſtimet, velim. *Ut quæſtionibus*, ait Pontifex; *finis celerius imponatur, ſtatuimus, ut ſi ex tribus arbitris à partibus electis, eorum aliquis ab aliis legitime requiſitus ad examinandum vel definiendum una cum eis negotium, ſuper quo in ipſos extitit compromiſſum, non curaverit, ceſſante impedimento legitimo, convenire, duo præſentes, penes quos, licet lex civilis, aliud innuere videtur, totalem eo caſu remanere decernimus poteſtatem; poſſint, malitioſa ſeu voluntaria illius abſentia non obſtante, dictum examinare negotium & libere definire ſicut poſſent illo præſente, nec volente cum iis in unam ſententiam concordare, ut ſic ipſius abſentia, præſentia repleta divina, eum reputari faciat pro præſente.* Nihil eſt liquidius, quam Pontificem in iiſdem terminis verſari, in quibus Ulpianus diverſum ſtatuit, ſeque ab hoc diſſentire Bonifacius ipſe declarat in verbis, *licet lex civilis aliud innuere videatur*; In quo verſu quod Mæſtertius *τὸ videatur* captat, nimis vanum & ſæpe demonſtratum eſt, voce *videri* plerumque non infringi adſeverationem, *ſuprà ad l. 31. de Legib. n. 6.* Nec ratio ſubjecta aliud infert; cum divinæ providentiæ concurſum Pontifex non minus piè ad compromiſſa juridica, quam ad amicabilia, quæ dicuntur, adhibere potuerit.

2. Cæterum uter rectius, Ulpianus an Bonifacius; minus facilè dixerim, quam neutrum videri reprehendendum; In pleriſque enim definitionibus rerum civilium eſt quædam latitudo intra quam diverſæ opiniones, ſalva juſtitiæ teſſera, conſiſtere poſſunt, quemadmodum ſi hæc latitudo excedatur, in alterutram partem peccari neceſſe eſt; Quia *ſunt certi denique fines, Quos ultra citraque nequit conſiſtere*

ſtere rectum. In comparatione tamen ratio Ulpiani magis mihi placet. Arbitri extra terminos compromiſſi nihil juris habent; In his autem ita eſt, ut tres ferant ſententiam, non duo. Accedit ratio minime ſpernenda, quod argumenta tertii illius reliquos ad mutandum inducere poſſent, quæ res facit, *ut nec judices duo ex tribus, uno abſente, judicare poſſint, ſi tres judicare ſint juſſi*, ut Celſus idem qui laudatur in *hac l.* 17. §. *ult.* ſcribit in *l.* 39. *d. Re Judic.* Nec Pontifex in hac re, quod ad judices attinet, quicquam mutare ſuſtinuit. Ita enim ſcribit in *fin. d. C. ult. Circa judices verò antiqua jura* populi Romani *nolumus immutari*, inquit. Cur magis in Arbitris? *Ut quæſtionibus*, ita dixerat, *finis celerius imponatur in pr. d. c. ult.* qua gratia in arbitros unice compromiſſum eſt. Quid hoc, an judices ideo minus conſtituti ſunt? An vero, quia munus eorum eſt publicum, ad quod etiam inviti abſentes cogi poſſunt? Sed arbitri abſentes non minus prompte à Prætore compelluntur, *l.* 3. §. 1. *& paſſim. h. t.* Plane, ut ratio juris civilis præferenda videatur.

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Si quis ex litigatoribus ideo non adfuerit, quod valetudine vel rei publicæ cauſa abſentia impeditus ſit, aut magiſtratu, aut alia juſta de cauſa; pœnam committi Proculus & Atilicinus ajunt: ſed, ſi paratus ſit in eundem compromittere, actionem denegari, aut exceptione tutum fore. Sed hoc ita demum verum erit, ſi arbiter recipere in ſe arbitrium fuerit paratus. Nam invitum non eſſe cogendum, Julianus libro quarto digeſtorum rectè ſcribit, ipſe autem nihilominus pœna abſolvitur. l. 21. §. 9. *d. Recept. qui Arb.*

1. Antonius Faber ultimam hujus §. periodum à verbis, *ſed hoc ita*, damnat ut Triboniano quam Ulpiano digniorem. Primo carpit hanc locutionem *ipſe nihilominus pœna abſolvitur*, ſapitque Tribonianum. Quid vitii ſit, non exprimit. Non poteſt aliud eſſe, quam quod auferendi caſus ponitur in regimine & abſolvitur. O criticum! Quaſi quicquam notius eſſet, quam abſolvere tam ablativum, quam genitivum regere. *Latæ leges quæ conſulem regni ſuſpicione abſolverent, Liv. lib.* 3. defective, pro *à ſuſpicione* vel de crimine aliquem abſolvere. Ad rem ipſam ait Faber prima & ultima hujus §. pugnare, quod *paſſim Triboniano contingere* ſcribit, ut *vel dubium ſe, vel mendacem præbeat, quoties aliquid in prudentium reſponſis addendo corrumpit.* Recenſeamus ſententiam textus: fieri non poterit, quin pugna tam evidens ſe nobis offerat, aut ſi nullam oſtendamus, nihil opus ſit argumenta Fabri primò deſcribere, dein refellere. Compromiſſo facto, pars altera morbo, vel itinere publicæ cauſæ non adfuit; pœna quæ ſi compromiſſo non ſtaret alter, condicta fuerat, debetur, quia non diſtinguitur, inter juſtam & injuſtam cauſam *l.* 17 §. 2. *h. t.* Ita ſummo jure; Quod repetere velit is, qui abſuit, compromiſſum in eundem arbitrum, æquitas non patitur eum comdemnari, cum res poſſit redintegrari: modò arbiter velit denuo ſe præbere compromiſſo: Nam ut ſecundùm cogatur, incivile fuerit Ergo tum res non poteſt redintegrari. An igitur tum is, qui abſuit morbo, vel Reipublicæ

 cauſa

causâ peremptorie ad pœnam tenebitur? Summum jus ita vult preſſius: Æqui-
tas tamen adeò prægnans eſt, ut ne tum quidem juſtiſſima abſentia careat excuſatio-
ne: Sed abſolvendus ſit, cui nihil imputari poteſt. Quænam hic alia pugna eſt,
quam ſummi Juris & Æquitatis? quam ego diſtinctionem inter diverſas leges
non dirimere pugnam fateor, ſed in eadem ſententia legis, ſtricti juris rigo-
rem flecti ad æquitatem, tam eſt uſitatum & paſſim in Legibus obvium, quam
certum eſt cenſorem hic temeritatis cenſuram mereri graviorem, quam Tribo-
nianus mereretur, ſi vera eſſet accuſatio. Quem ſi mentiri voluiſſet, non
ſimplici mendacio defunctum fuiſſe, verum & Julianum introducere voluiſſe,
quod facit ſua cauſa mentientem, quis in animum inducere poſſet?

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

*Stari autem debet ſententiæ Arbitri, quam de re dixerit, ſive æqua, ſive iniqua
ſit, & ſibi imputet, qui compromiſit l. 27. §. 2. d. Recept. qui Arbitr.*

1. Hæc ſententia Juris Romani Doctoribus & Juris Canonici auctoribus ini-
qua & intolerabilis viſa eſt, Arbitros habere majorem poteſtatem quam Iudices,
à quibus appellari poteſt, Arbitrorum ſententias nec appellationi, nec ulli juris
remedio ſubjici *l. 1. C. h. t.* Inter æquum & iniquum nihil eſſe diſcriminis! Ni-
hil rectius & juſtius videtur, quam quod recentior poſt Iuſtinianum introduxit
Iuris prudentia, & uſus omnium gentium approbavit; ſubmiſſionem partium in
compromiſſo factam, hanc recipere limitationem, *ſi æquum arbitratus ſit*, ut
probari ſolet ex *l. 30. d. Oper. libert.*; ubi Celſus; *non aliter ratum fore arbitrium*
patroni, cui libertus juravit ſe paſſurum, ait, *quam ſi æquum arbitratus ſit*, &
*fere ea mens eſt, perſonam arbitrio ſubſtituentium, ut quia ſperent eum rectè arbi-
traturum, id faciant, non quia vel immodicè obligari velint*. Scilicet, agitur ibi de
operis, quas libertus patrono promiſit, quibus hic ita moderari debet, ne liber-
tatem, quam dedit, corrumpant. Sed ego Iuris Romani, de Arbitrorum ſen-
tentiis rectiſſimam & juſtiſſimam arbitror eſſe doctrinam, ut qui lites abhorrent,
compromittere poſſint, hoc modo; Quod Titius, Cajus & Lucius de cauſa no-
ſtra dixerint, id te ſervaturum ſpondes? ſpondeo. Et tu viciſſim? Ille ſimiliter
ſpondet. Hæc eſt ſpecies tranſactionis, ſub conditione, Si illi pronuntiaverint;
Sicut autem tranſactio eſt inretractabilis, favore litium finiendarum, *l. 19 C. de
Tranſact.* ita ejuſmodi compromiſſum ſimili jure gaudet & gaudere debet, etſi
læſio ſit enormis in duplum aut in quadruplum, ut de tranſactione ſcriptum eſt in
l. 78. §. ult. in fin. ad SC. Trebell. Quare, quod de Tranſactione valet in hodiernos
uſque mores, cur de compromiſſo ſententiaque arbitrorum diſplicere debeat, ra-
tio reddi nequit idonea; niſi quæ magis firmare deberet ſanctionem Iuris Roma-
ni; quod heic cauſæ cognitio & ſententia intervenit: Nam vis omnis à Con-
ſenſu, quæ eſt in Tranſactione, per quem nemo læditur, niſi volens, ma-
nifeſto reperitur eadem in compromiſſo. Sed Interpretes ſimilitudo Iudi-
ciorum, quæ in arbitris apparet, egit in tranſverſum; ut vias Arbitrorum
ſententias retractandi quæſiverint, à Canonicis laudatas *in cap. ſane 34.
C. ſta-*

Digitized by Google

C. ſtatutum 38. *c.* 2. *qu.* 6. Et primo quidem pro verecundiâ ſua non recedendi à Jure ſcripto, Doctores applicuerunt huc Reductionem ad arbitrium Boni Viri ex *l.* 76. *ff. Pro ſoc.* quæ diſerte removet hoc remedium à ſententiis è compromiſſo. Sed huc tamen eam traxerunt, ob enormiſſimam læſionem, quaſi illa dolum tacitum contineret arg. *l.* 36. *d. Verb. obl.* Unde factum, ut ita ſit traditum, per reductionem non reſcindi ſententiam Arbitri indiſtincte, ſed ita demum, ſi manifeſtam iniquitatem & valde enormem læſionem contineret. Sed hæc reductionis licentia ſemel in uſum fori introducta facile perrupit in tantum, ut jam promiſcuè non minus quam Appellatio recipiatur, teſte Sandio *lib.* 1. *Deciſ. tit.* 14. *defin.* 1. Quâ re factum eſt, ut Arbitria non magis ad lites terminandas, quam Iudiciorum ambages proficiant; Procul ab utilitate publica & intentione compromittentium. Nec æquus arbiter Iuris Romani gravitatem, qua Tranſactionis vim Compromiſſo tribuit, nullo inæqualitatis prætextu labefactandam, niſi ob dolum, quæ Arbitria quoque reſcindit *l.* 30. *h. tit.* his Reductionum ambagibus præferendam negabit. Cæterum, ſi quis roget, quomodo cum hac poſitione, quod ſtandum ſit arbitrorum ſententiæ ſive æquum ſive iniquum dixerint, conveniat, quod nec actio, neque exceptio, nec ullum Iuris remedium ex Arbitri ſententia, vulgo *Laudum* appellant, competere dicitur in *l.* 1. *C. h. t. l.* 2. *D. eod.* huic facile ſatisfiet, eo, quod omnis Arbitrorum poteſtas à compromiſſo partium pendet; unde ſimiliter actio inde naſcitur, ad pœnam, ſi qua certa ſit expreſſa, petendam; vel in id quod intereſt agendum, ſi pœna ſit omiſſa *l.* 27. §. *ult. h. t.* Quæ plura hanc ad rem pertinent, huc non adſpectant. Nec illud quidem, quod tamen ſubjicere placet è jure Publico; Cum obligatione è compromiſſo, ſervandi, patiendi quicquid electo electiſve viſum fuerit, exacte convenire, populi obligationem, qui ſimpliciter Imperantes ſuprà ſe conſtituit, cujus vi ſubmiſſionis, non modo æqua, ſed etiam iniqua ferre debeat; qua de re ſcilicet, eſt alius agendi locus.

Ulpianus eod. Lib. XIII. ad Edict.

Si plures arbitri fuerint & diverſas ſententias dixerint, licebit, ſententia eorum non ſtari. Sed ſi major pars conſentiat, eâ ſtabitur: alioqui pœna committetur. Inde quæritur apud Julianum, ſi ex tribus arbitris, unus quindecim, alius decem, tertius quinque condemnent, quâ ſententia ſtetur; & Julianus ſcribit, quinque debere præſtari, quia in hanc ſummam omnes conſenſerunt. d. l. 27. §. 3 *de Recept. qui arb.*

1. Hic locus non evitat Cenſuram, ut videtur, juſtam Autumni & Groenewegii, quorum hic prolixius & ſubtilius quam ſolet, oppugnat hanc Iuliani & Ulpiani ſententiam, uſus etiam diſtinctionibus, valde ſcholaſticis. In diverſa tamen exeunt Autumnus & Ipſe: Nam prior ita cenſet, *æquius eſſe decem, non quinque præſtari, quia duo conſenſerunt in decem*; utique etiam is qui damnavit in quindecim. Alter nihil agere dicit arbitros, nec poſſe conjungi ſententias, quia licet in quindecim contineantur decem *phyſicaliter*, ſecus ſit *intentionaliter*, ita loquitur, habita ratione intentionis arbitrorum; Intentio ejus qui in decem con-

ne id quidem adſcribi poteſt. Rurſus ille; Servus ejus qui captus eſt ab hoſte poteſt acquirere & retinere domino poſſeſſionem rei à ſe emptæ *l. ſi is qui 15. d. Uſucap.* Quomodo igitur quod ſervus eſt, obſtare poteſt domino, quod non obſtat ejus ſervo? Hoc quidem ſubtilius videtur. Enimvero per ſervum non poteſt ab hoſte captus retinere poſſeſſionem, quam prius habuerat *d. l. 15.* Sed hoc verum eſt; ſi ſervus ejus qui in hoſtium poteſtate eſt, emerit ex cauſâ peculiari, in pendenti eſſe uſucapionem; cum hoc effectu, ut ſi dominus reverſus fuerit, uſucaptum intelligatur. *d. l. 15. l. 23. §. 3. in pr. h. t.* Valet igitur poſtliminium in poſſeſſione, quam ſervus ejus qui ſervus hoſtium eſt, acquiſivit; non valet in eo, quod ipſe per ſe vel per ſervum ſuum poſſedit. Hæc quomodo cohærent? Nonne latius eſt, cum Autumno ſtatuere, poſtliminium indiſtinctè locum habere, ſi dominus ab hoſte reverſus ſit, ut poſſeſſio & uſucapio continuata videatur? in quâ ſententia Marcellum eſſe, dum fictionem poſtliminii plenius accipiendam eſſe docet in *d. l. 15.* opinatur Autumnus. Sed non eſt recedendum à Papiniano in *h. l.* & Juliani in *d. l. 15.* ſententia, ceſſare poſtliminium in his quæ facti ſunt, qualis eſt poſſeſſio. Proinde cum is qui captus eſt ab hoſte, jam ipſe poſſideatur & poſſidere deſinat, id quod per ſe vel animo ſuo per corpus alienum ſervi aut coloni poſſidebat, non poteſt ibi fictio poſtliminii contra veritatem facti habere locum. Alia eſt ratio ejus quod ſervus ex cauſa peculiari comparavit; hoc enim ſuo nomine traditum accepit, & cum dominum facto jam non habeat, poſſeſſionem quæ facti eſt, per ſe inchoare poteſt, ac ita ſpem poſtliminii fundare ſuo domino. De Marcelli ſententia vide ſis gloſſam in *d. l. 15.* At de moribus hodiernis, concedimus Autumno & Groenewegio, cum ab hoſtibus capti non fiant amplius ſervi, non eſſe quod de continuatione poſſeſſionis hac parte dubitemus. Cæterum, quid eſt, quod in hac *l. 19.* Papinianus ait, *Placet, interruptam poſſeſſionem poſtliminio non reſtitui, quia hæc ſine poſſeſſione non conſtitit?* Autumnus pro *hæc*, edidit, *hoc*; ut non ad poſſeſſionem ſed ad negotium quod poſſeſſione perpetratur, uſucapionis, ſe referat ultimus verſus. Petrus Faber 2. *ſemeſtr. 25.* non dubitat, quin deſcriptoris Florentini exemplaris, calamus aberraverit, ut ob vicinum *poſſeſſionis* vocabulum, pro *uſucapionem* poſuerit poſſeſſionem. Quod ut Papiniano dignius cum de ſenſu nihil ambigatur, magis etiam placet. Similis error & emendandi neceſſitas eſt in *l. 31. h. t.* Abeſſe Reipubl. cauſa intelligitur & is, qui ab urbe profectus eſt, licet nondum provincia exceſſerit; Lege *provinciam acceſſerit*, etſi hanc quoque lectionis mutationem nonnulli eludant. Sed vide Cujacium 12. *obſerv. 33.*

Ulpianus Lib. VI. ad L. Jul. & Pap.

Si cui in provincia ſuâ Princeps adſidere ſpeciali beneficio permiſerit, puto eum Reipubl. causâ abeſſe: Quodſi non ex permiſſu hoc fecerit, conſequenter dicemus, cum crimen admiſit, non habere eum privilegia eorum, qui Reipubl. causâ abſunt. l. 38. d. t. Ex quib. maj.

1. Non immerito Groenewegius hujus loci ſententiam ab uſu rectoque ſenſu alienam

Digitized by Google

alienam cenſere videtur; quod Reipublicæ cauſa abeſſe dicitur is, qui in patriâ ſuâ, Præſidis Adſeſſor à Principe conſtitutus eſt, cum nemo in eadem provincia pro abſente haberi poſſit, ut de uſucapione propitum eſt in *l. ult. C. de Præſcript. long. tem.* Qui extra patriam Reipubl. cauſâ profectus eſt, Abeſſe dicitur *l. 35. §. Qui Reipubl. 7. h. t.* Et Magiſtratus, qui Romæ dant operam Reipubl. non abſunt Reipubl. cauſa *l. 15. & l. 16 h. t.* Ad primam objectionem; reſp. Adſeſſor eſt in functione muneris publici, cujus occupatio facit, ut pro abſente in ejuſdem quoque provinciæ diſtantibus locis haberi poſſit. Hæc ratio non eſt in privato, cujus res uſucapitur. Ad II. Qui extra patriam profectus eſt, pro abſente ſine dubio habetur; Inde tamen non ſequitur, intra patriam id nullo modo fieri poſſe, fallaci à contrario ſenſu argumento. Ad III. Non eadem ratio eſt Urbis, quæ Provinciæ latè patentis. Denique, Adſeſſor, in metropoli adjunctus Præſidi, ut illic adſiduo commoretur, aliquando procul à domicilio ſuo, non poteſt non merito pro abſente Reipubl. cauſâ haberi. Nam ſi ex eâdem metropoli ſit oriundus, non magis abeſſe videtur, quam magiſtratus in urbe Româ pro abſentibus Reipubl. cauſa habentur *d. l. 15. §. 1. & l. 16. h. t.*

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Hæc actio non eſt pœnalis, ſed rei perſecutionem arbitrio judicis continet; quare & heredi dabitur. In heredem autem l. 4. §. ult. d. Alienat. jud. mut. c. f.

Paulus Lib. XI. ad Edict.

Vel ſimilem l. 5. eod.

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Vel poſt annum, non dabitur l. 6. eod.

Gajus Lib. IV. ad Edict. Provinc.

Quia pertinet quidem ad rei perſecutionem, videtur autem ex delicto dari l. 7. eod.

1. Poterat Cenſuræ notam mereri ineptia connexionum in his locis & artificii μικρολογία; Niſi quis repetere velit memoria, quod ab initio notavimus; Auctorum nomina, quæ hic faciunt deformitatem, judicio Lectoris auferenda eſſe, cum Cæſar omnem fecit ſuum contextum, eoque facto nihil erit deformitatis. Sed eſt aliud argumentum Cenſuræ, in eo conſiſtens; quod hæc actio, quæ datur ex facto alienandi rem in fraudem alterius, qui jus ſuum in eam rem preſecuturus

 turus

turus ſit, quo dutior adverſarius ipſi objiciatur, heredi quidem ejus, in cujus invidiam facta eſt alienatio, detur; in heredem autem alienantis vel ſimilem, ut eſt bonorum poſſeſſor vel fideicommiſſarius, non detur, eo quod ex delicto eſſe videatur. Atqui longe alia videtur eſſe ratio philoſophiæ Civilis; quæ vult heredem teneri ex omnibus rei perſecutoriis actionibus, etſi è delicto ſint; non teneri de pœnalibus, etſi è contractu fuerint: eo quod heres defunctum repræſentat *in bonis*, ad quæ pertinent rei perſecutoriæ actiones; non ita in *meritis*, quæ perſonalia ſunt, quo pœnæ ſpectant. Ita Grotius in *lib. 2. de J. B. & P. Cap. 21. n. 19.* Hinc *evincitur*, ait Vinnius, *ſi quæ ſint ex maleficio actiones non pœnæ, ſed rei perſecutoriæ actiones, eas in heredem dari: Si qua ſit pœnalis è contractu, illam in heredes non competere.* Comment. *ad tit. Inſt. de Perpet. & temp. act.* §. 1. *n.* 2. & 3.

2. At hic loci Juris Auctores aliter tradunt; aliquas actiones rei perſecutorias in heredem non dari, quia ſunt ex delicto; ratione non petitâ à materiâ ſed à principio actionis. Quod Impp. Diocletianus & Maximianus ajunt eſſe Juris abſolutiſſimi, heredem ejus qui deliquit in id tantum, quod ad eum pervenit, teneri, niſi litis conteſtatio facta ſit, per quam actio tranſit in heredes in ſolidum, jure tralatitio *l. un. C. Ex delict. defunct.* quale eſt etiam, quod turpia lucra ſint heredibus extorquenda, *l. 5. in pr. d. Calumniator.* Sed extra caſum litis conteſtatæ & lucri apud heredes manentis, hæc eſt ſententia Juris Romani, heredes è defunctorum delictis nullo modo teneri *d. l. un.* Idque tot exemplis, quot è delictis actiones non pœnales ſunt, adfirmatur. Primo, hujus actionis, quæ datur in locis ſuprà ſcriptis. Dein Interdictum Unde vi eſt Actio rei perſecutoria *l. 3. §. 1. de vi & vi arm.* Sed, quia datur ob factum atrox *l. 1. §. 3. eod.* non datur in heredem qua talem ſed ut poſſeſſorem lucri ad ſe non pertinentis; ita ut quilibet extraneus poſſeſſor hac cauſa tenetur *l. 3. §. ult. l. 9. pr. eod.* Ejuſdem generis eſt, actio, quæ datur adverſus eum, qui dolo malo impedit aliquem judicio ſiſti, & eſt æquè in id quod intereſt tantum; quia tamen ex delicto competit, adverſus heredem, hactenus ſaltem datur, ut ex dolo defuncti heres nihil lucretur *l. 1. §. ult. D. eo per quem fact.* Talis eſt actio de dolo *l. 26. d. dolo malo.* Actio quæ datur adverſus menſorem, qui falſum modum dixit *l. 3. Si menſ. falſ. mod.* Quæ datur in falſum Tutorem *l. 9. §. 1. Quod falſ. Tut.* Qui merces peculiares dolo malo diſtribuit *l. 7. §. ult. d. Tribut. act.* In eum qui vim fecit in poſſeſſionem miſſo, *l. 1. §. ult. Ne vis fiat ei, qui in poſſ. miſſ.* Adverſus eum qui in jus vocatum vi exemit *l. pen. §. 1. Ne quis eum qui in jus voc.* Denique, talis eſt Actio rerum amotarum *l. ult. C. de Act. rer. amot.* & ſi quæ ſint ſimiles, de quibus uno ore Juris auctores prædicant, eas utcunque rei preſecutorias, in heredes non dari, quia ſunt ex delicto, explentes regulam Juris abſolutiſſimam, quæ traditur & inculcatur in *d. l. un.*

3 Hæc ſententia Juris Romani, non ſpectandum eſſe τὸ pœnale vel rei perſecutorium, ſed originem ex delicto, & quod in heredem non tranſeat, multis adverſa rationi, ſcilicet ei, quam diximus, eſſe videtur. Ideoque licet tot locis evidentiſſime teſtata, luce clarius extat, non deſunt, qui τὸ διότι putantes incongruum, negant etiam τὸ ὅτι, diverſamque Juris noſtri ſententiam eſſe contendunt; pro quibus enixe diſputat Vinnius in *d. loco.* Hoc primo examinandum, dein rationi philoſophiæ civilis objectæ ſatisfaciendum. Juris hanc eſſe mentem Romani, Actio-

nes

Digitized by Google

nes pœnales non dari in heredem, Rei perſecutorias ſemper dari, undecunque ortas, tenent illi, primo ex §. *Non autem* 1. *Inſt. de Perpet. & temp. act.* ubi certiſſimâ juris regula eſſe dicitur *ex maleficiis pœnales actiones in heredem rei non competere*, unde ex oppoſito ſenſu colligunt, ex maleficio rei perſecutorias actiones in heredem dari, *quoniam contrariorum contraria ſunt conſequentia.* Scribit Vinnius ad *d.* §. 1. *n.* 2. Sed hoc à contrario ſenſu argumentum eſſe fallax infinitis inſtantiis conſtat, quia facile & plerumque fit, ut oppoſitio non ſit τὸ διάμπαξ, ut heic ſane talis non apparet. Regula Juſtiniani non habet aliam mentem, quam Cæſarum, abſolutiſſimè ab illis dicta in *d. l. un. C. Ex del. defunct.* Ex delictis actiones in heredes non dari, niſi quatenus hi ſunt locupletiores. In hanc Juſtiniani poſitionem incidit vox *pœnales*, non ut διαφορὰν faciat, verum quia generaliter, Actiones è delictis ſunt pœnales; ideo qualitas illa expreſſa eſt, exceptionibus ſui locoque ſuo relictis. Quæ generalis qualitas actionum è delicto facit, ut regula ſæpe ita concipiatur; Pœnales actiones in heredes non dantur. *l.* 1. *d. Privat. del. l.* 111. §. 1. *d. R. Jur.* In pœnam heres non ſuccedit *l. pen. d. Op. nov. nunt. l.* 23. §. 8. *Ad L. Aquil.* veriſſime quidem, ſed non tam fortiter, ut nulla niſi pœnalis in heredem non detur. Uno etiam loco ad argumentum à contrario ſenſu, quod ſciam, iſta regula producitur in §. 9. *Inſt. Ad L. Aquil.* Ubi actio Legis Aquiliæ, quæ eſt ex delicto, dicitur in heredem non dari, quia pœnalis eſt, addito; *tranſituram fuiſſe, ſi ultra damnum nunquam lis æſtimaretur.* Unde colligitur, Rei perſecutoriam ex delicto in heredem plane dari. Ad hunc locum opus eſt propria reſponſione; Nam reliquis eo, quod dixi, ſatisfit. De damno viſum eſt uti Juſtiniano hac conſecutione, propter rationem, ut videtur, huic admiſſo peculiarem. Quod enim ex delicto non datur actio in heredem, ratio eſt, quia dolus *ab initio* eſt in omnibus delictis ita, ut eorum ſubſtantia dolus ſit, etiam de quibus actiones ſunt rei perſecutoriæ, ſicut hanc rationem in omnibus ſupra laudatis textibus animadvertere licuit. Dolus autem eſt animi mere perſonale vitium, cujus imputatio non recipit tranſitum de perſona in perſonam; Unum ex omnibus delictis Damnum, ſola culpa, etiam ſine dolo æſtimatur, ad inſtar contractuum, §. 3. & 4. *I. de L. Aquil.* de quo proinde tranſitus in heredem facilius admitti potuiſſet. Sed hæc una exceptio non poteſt abolere prædictam regulam juris abſolutiſſimi, quod heres ex delicto, nonniſi quatenus ad eum pervenit, teneatur *d. l. un.* etſi actio tantum ſit rei perſecutoria, ut tot locis & exemplis patet conſentientibus.

4. Duplex eſt via, per quam diſſentientes in alia omnia tendunt. Prima, quod actiones quædam ex delicto rei perſecutoriæ dentur adverſus heredes, cujuſmodi Vinnius objicit duas, Condictionem furtivam & Rerum amotarum actionem. Priorem dari in heredem ſatis conſtat ex *l.* 9. *d. Condict. furt.* Sed ego cum Bachovio, Wiſſembachio & aliis Furti actionem ex delicto dari, Condictionem ex eodem dari non intelligo, ut in *Prælect. ad d. tit.* §. 1. demonſtravimus. Non magis quam heres delicti reus eſt Furti, actione Furti poteſt teneri. Opponitur actionibus ex maleficio ortis in *l.* 10. §. 2. *d. Compenſat.* Non eſt famoſa *l.* 36. *d. O. & A.* qualis ſi ex furto eſſet, nullo modo eſſe non poſſet, *l.* 1. *d. His qui infam. not.* Datur igitur de furto quidem & ex cauſa furtiva *l.* 2. 3. *d. Condict. furt.* etiam ex furto pendet *d. l.* 36. ſed proprie non *datur ex* furto, ſed ex jure quodam extraordinario, quod

ſuccedit in jus ejus ex Jure Gentium, ut tamen ſi ob delictum ſuperveniens, è contractu pœnalis actio detur, hæc quoque in heredem non detur, quia pœna ſemper eſt mere perſonalis. Puto autem occupaſſe me objectionem, ſi moveatur, hanc; Dolum in contractibus non facere quominus in heredes actio detur, ſiquidem rei perſecutoria eſt; Nec ideo dolum in delicto cum tantum rei perſecutoria eſt actio, idem facere poſſe. Negatur connexum è contractu & delicto. Subſtantia enim contractus eſt conventio; dolus accedit. Quod Principale eſt adficit heredem, acceſſorium ſequitur. Delictum totum dolus, totum merè perſonale eſt atque ejus natura omnis ex animi dolo proficiſcitur & habet evidenter rationem merè perſonalem, ab herede alieniſſimam. Cui proinde juſtitiæ ratio non magis patitur ullam de maleficio defuncti quæſtionem moveri, quam heres ullum penes ſe lucrum è defuncti maleficio retinere poteſt. Si delictum mortui ab herede alienum eſt, fieri nec poteſt, ut actio contra eundem inde moveatur, ſeu plus, ſive nihil, quam quod abeſt ſibi pars læſa perſequatur. Damnum enim maleficio datum ab ipſo maleficio, quando una eſt actio, ſeparari non poteſt, adeo ut, quem hoc non tangit, eum nec iſtud ullo modo tenere queat. Dicamus igitur, rectè & Iuri Naturæ convenienter, Actiones ex delicto rei perſecutorias non dari adverſus heredes, niſi quatenus ſunt locupletiores, eamque receptam Iuris noſtri ſententiam eſſe videri, quanquam ſi quo jure poſitivo cautum fuerit, ut heredes etiam ex delictis, quod attinet ad rei perſecutionem teneantur his, quibus à defunctis damnum eſt datum per maleficium etſi nihil ad ipſos pervenerit, ejuſmodi jus nemo injuſtitiæ arguere poſſit, qua de re dabitur adhuc locus ad *l.* 23. §. 8. *Ad L. Aquil.* Adde pro hac ſententia diſſentientem Bachovium *diſp.* 4. *de Action. & ad Fabri Decad. c.* 1. *& ſeqq.*

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Pedius lib. IX. & *Pomponius lib.* XXXIII. *ſcribunt, parvi referre ingenuus quis, an libertinus ſit, integræ famæ quis ſit arbiter, an ignominioſus l.* 7. §. 1. *de Recept. qui arbit. recep.*

1. Non immerito ambigit Mornacius *hic*, an æquum ſit uſumque habere debeat, in quod hic conſentiunt Pedius & Pomponius & Ulpianus, parum referre Vir honeſtus ſit arbiter, *an ignominioſus.* Utique neminem cogendum, ad ſententiam cum infami collegâ dicendam è compromiſſo, Mornacio concedendum fuerit; quod nec Ulpianus ſentire videtur; cum in *l.* 9. §. 3. cogi negat eum, *cujus ſordes aut turpitudo manifeſta ſit.* Ergo nec eum, qui cum eo datus eſt. Imo nec omnino talis arbiter jure datus videtur; quia non cogi in *hoc tit.* dicitur arbiter, qui vel juſta cauſâ excuſatur, vel non debet exequi compromiſſum, quoties Prætor officium ſuum non interponit *l.* 32. §. 1. *& ſeq. h. t.* Hæc quomodo cohærent? Dic ita, ſis: Reſpectu compromittentium nihil refert, honeſtus an turpis ſit arbiter, cumque Prætor etiam coget, ut videtur, ad implendum quod recepit; niſi turpitudo in ipſo arbitrii exercitio detegatur, ut ſi corrumpi ſe paſſus ſit, quo niſi fallor, ſpectat *d. l.* 9. §. 3. Sed alioqui non eſt publicum Arbitri officium, à quo infamis

Digitized by Google

famis arcetur. Si quis à probroſi hominis judicio rem ſuam velit ſuſpendere, fiat, quis eum prohibeat? *Summum quiſque cauſæ judicem facit quemcunque eligit*, ait Plinius in *præfat. Hiſt. natur.* An alius, qui non ſciens infamen juxta ſe eſſe electum ſuſcepit arbitrium, cogendus ſit à Prætore, non expreſſum eſt, neque putem cogendum, per ea quæ Mornacius *hic*.

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Si quis Judex ſit, arbitrium recipere ejus rei, de quâ judex eſt, inve ſe compromittere jubere prohibetur Lege Juliâ; & ſi ſententiam dixerit, non eſt danda pœnæ perſecutio l. 9. §. 2. d. Recept. qui arb. recep.

1. Quid hoc ita? Non dubitant hodie Judices recipere arbitrium & valent eorum ſententiæ: Quod & Juri Canonico adſcribitur cap. 5. x. *de Arbitr.* Groeneweg. ad *h. l.* Idque tam videtur ad præcidendas lites pertinere, quam Jus Romanum ab æquitate deflectere. Varia proferuntur à Mornacio aliiſque ad *h. l.* Mihi de judice pedaneo textum hunc agere certum eſt, qui voce Judicis ſimpliciter poſita in Pandectis intelligitur, ut Lexicographi docent. Talis autem judex à Magiſtratu datus, hoc quod ipſi injunctum eſt, agere debet; non ſuo arbitratu delegatione abjectâ, deſcendere ad arbitrium. Sed noſtri Iudices ſunt Magiſtratus, qui Iure Civili quoque potuiſſent Arbitri eſſe, ſi modo ad effectum coactionis imperio ſubjecti fuiſſent: *l. 3. §. ult. & l. ſequ. h. t.* quemadmodum in noſtris obtinet Iudicibus; quando non ſingulis perſonis hodie, ſed integris Collegiis Iuriſdictio competit.

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Interdum, ut Pomponius ſcribit, rectè nudo pacto fiet compromiſſum, ſi ambo debitores fuerunt & pacti ſunt, ne petat, quod ſibi debetur, qui ſententiæ arbitri non paruit. l. 11. §. 3. eod. tit.

1. Mæſtertius in *lib. 1. Juſtit. L. Romanar. c. 47.* valde pugnat, non eſſe juri civili infligendum hunc opinionis errorem, quod compromiſſum è pacto ſine ſtipulatione non habeat effectum actionis, ut hic textus haud obſcure ſignificat, dum ait; *Interdum* & nudo pacto recte compromitti, quando alius è compromiſſo non quæritur effectus, quam *ne petatur*, ut petitio per exceptionem elidatur. Unde rectè colligitur, quo nihil eſt certius, quam ut actio è compromiſſo detur, Stipulationem utrimque requiri. Pendet hæc res ex eo, quod habuimus ad *l. 7. §. 4. d. Pact.* an ex pacto detur actio quod Maſtertius putat, ſi modo conſtet ſerio animoque deliberato, ut eſt compromiſſum, fuiſſe initum. Verum ut hanc ejus ſententiam manifeſta juris auctoritate refelli probavimus illic, ita de compromiſſo nullum eſt dubium, quin ut actio inde competat, ſtipulatio requiratur. Nec inde contra Eunomiam plus objectionis colligi poteſt; quam in capite de Pactis ineſſe demonſtravimus in *loco.* Jocularium eſt, quod Mæſtertius idem captat verba *l. 27. §. ult. h. t.*

Digitized by Google

h. t. Si pœna non fuiſſet compromiſſa, ſed ſimpliciter ſententiæ ſtari quis promiſerit, incerti adverſus eum foret actio. Quid ſit ibi *ſimpliciter promiſſum*, verba textus loquuntur, *ſine pœna* ſcilicet; hoc ille de pacto ſine ſtipulatione intelligi vult vehementer, invita Juris ratione, cum gloſſa & omnibus, opinor, Interpretibus.

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Si in duos ſic fuerit compromiſſum, ut, ſi diſſentirent, tertium adſumant, puto, tale compromiſſum non valere; nam in adſumendo poſſunt diſſentire. Sed ſi ita ſit, ut eis tertius adſumeretur Sempronius, valet compromiſſum, quoniam in adſumendo diſſentire non poſſunt l. 17. §. 5. h. t. Sed uſitatum eſt etiam, in duos compromitti, & debet Prætor cogere arbitros, ſi non conſententiant, tertiam certam eligere perſonam, cujus auctoritati pareatur, l. 17. § 6. in fin. d. Recept. qui arbitr.

1. Hæc parum cohærere cenſet Groenewegius, *quia diſcordiæ periculum non magis ſubeſt, cum expreſſè, quam cum tacite actum eſt, ut diſſentientes tertium adſumant.* Et Jure Canonico non dubitatur, quin duo rectè arbitri conſtituantur, hac Lege, ut ſi diſcrepent, tertium adſumant, *cap. cum ſpeciali* x. *de Appellat.* qui vulgo *ſuperarbiter* appellatur, nihilque uſitatius eſt his diebus; *Et prudentia noſtrorum illa ſemper eſt*, inquit Mornacius *hic*, ut *fere nunquam in eo diſſentiant.* Galli ergo feliciores hac parte ſint, quam Ulpianus de Romanis præſumſit. Sed primo videndum, an Ulpianus ſecum ipſe conveniat; Nam duos, cum poteſtate eligendi tertium, ſine nomine non vult eligi Arbitros, propter naturalem hominum diſſentiendi facilitatem. Rurſus, electos duos vult cogi ad eligendum tertium. Quid ſi & tum diſſentiant, an etiam Prætor eos coget ad conſentiendum? Exiſtimo, Non poteſt; non habet facultatem: *mihi profecto hic aqua hæret*, inquit Bachovius poſt examinatas Accurſii rationes. Iterum *Rationi*, inquit, *repugnat*, quod Ulpianus hic ſcribit, in Dg. *ad h. t. c. 2. n. 3.* Ulpianum ita velle, Prætoris partes eſſe *nominare* tertium aliquem, ut cum duo diſſentientes adſumant; hoc eſſe quod dicitur, *Prætor cogere debet arbitros tertiam CERTAM eligere perſonam.* Eligere ſibique adjungere, quem prætor illis nominat. Etſi communiter hodie, cum res uſu venit, coactionis officium, in genere, abſque nominatione certa adhibetur. Sed mihi ſententia Ulpiani exactior & magis juridica videtur, quam mos hodiernus. Res quæ unicè pendet à compromiſſo ac inde ſine judicis interventu dijudicanda eſt, *l. 21. l. 32. §. 15. l. 46. h. t.* ita conſtitui debet, ut exitum vi compromiſſi habere poſſit, non implicitum & in ſe ipſum ruentem. Quod facile uſu venire poſſe, ſi duobus electio tertii incerta committatur, quicquid de Gallorum hac parte prudentia Mornacius prædicet, res & uſus docet. Cui vitando incommodo ita à partibus conſultum menini, ut unius arbitrio tertii electio committeretur, quod ab Ulpiani ſententia non abhorret. Quid ſi de tertio nihil in compromiſſo ſit cautum? Prætoris officium in *certam* perſonam nominatim dirigendum eſt, ut monet Ulpianus. Alioqui, ſi Prætor ſub mulcta certa duobus injungat arbitris, ut tertium eligant incertum, nec hi convenire queant, mulcta conſtringeret eos ad factum, quod non eſt in poteſtate ſingulorum & de

quo

Digitized by Google

quo nihil receperunt. Cæterum, quod Ulpianus ait, non valere compromiſſum in duos, cum electione Tertii incerti, ita ſine dubio capiendum eſt, ut ſi duo deinconſenſerint in tertium, ex poſt-facto valeat compromiſſum: Si conſentire nequeant, in irritum cedet: Niſi tamen officio Magiſtratus, quod ſæpe conventionum terminos egreditur, etiam tum contineri dicamus, ut vel ſorte rem dirimi jubeat, aut ipſe tertiam perſonam adjungat *certam*, quemadmodum hoc facere poteſt, ſi nihil de tertio eligendo in compromiſſo reperiatur. Adde Fabr. *in Rational. ad. h. l.*

Ulpianus Lib. XIII. ad Edictum.

Celſus libro ſecundo Digeſtorum ſcribit, ſi in tres fuerit compromiſſum, ſufficere quidem duorum conſenſum ſi præſens fuerit & tertius alioquin abſente eo licet duo conſentiant, arbitrium non valere; quia in plures fuit compromiſſum, & potuit præſentia ejus trahere eos in ejus ſententiam l. 17. §. ult. d. Recept. qui arb.

1. Hanc juris civilis ſententiam mutat, an emendat Pontifex Bonifacius VIII. *in cap. ult. de Arbitr. in 6.* etſi negat eam eſſe mutationem Mæſtert. *in lib. 1. de Juſt. LL. Roman. c. 50.* quia Pontifex, ait ille, de *amicabili piorum hominum compoſitione loquatur, uti contingit, cum frater in fratrem peccavit, de quo Matth. cap. 18. v. 15. & ſeqq.* idque *probo*, inquit, quia Pontifex in *d. C. ult.* ſubjicit hæc verba: *Ut ſic ipſius abſentia, præſentia repleta divina, eam reputari faciat pro præſente*; petita manifeſte, ait Mæſtertius ex *d. cap. 18. Matth. verſ. 20.* Quid hujus rei ſit, Lector ex ipſis Bonifacii verbis, collatis cum Ulpiani ſuprà ſcriptis; exiſtimet, velim. *Ut quæſtionibus*, ait Pontifex; *finis celerius imponatur, ſtatuimus, ut ſi ex tribus arbitris à partibus electis, eorum aliquis ab aliis legitime requiſitus ad examinandum vel definiendum una cum eis negotium, ſuper quo in ipſos extitit compromiſſum, non curaverit, ceſſante impedimento legitimo, convenire, duo præſentes, penes quos, licet lex civilis, aliud innuere videtur, totalem eo caſu remanere decernimus poteſtatem; poſſint, malitioſa ſeu voluntaria illius abſentia non obſtante, dictum examinare negotium & libere definire ſicut poſſent illo præſente, nec volente cum iis in unam ſententiam concordare, ut ſic ipſius abſentia, præſentia repleta divina, eum reputari faciat pro præſente.* Nihil eſt liquidius, quam Pontificem in iiſdem terminis verſari, in quibus Ulpianus diverſum ſtatuit, ſeque ab hoc diſſentire Bonifacius ipſe declarat in verbis, *licet lex civilis aliud innuere videatur*; In quo verſu quod Mæſtertius *τὸ videatur* captat, nimis vanum & ſæpe demonſtratum eſt, voce *videri* plerumque non infringi adſeverationem, *ſuprà ad l. 31. de Legib. n. 6.* Nec ratio ſubjecta aliud infert; cum divinæ providentiæ concurſum Pontifex non minus piè ad compromiſſa juridica, quam ad amicabilia, quæ dicuntur, adhibere potuerit.

2. Cæterum uter rectius, Ulpianus an Bonifacius; minus facilè dixerim, quam neutrum videri reprehendendum; In plerisque enim definitionibus rerum civilium eſt quædam latitudo intra quam diverſæ opiniones, ſalva juſtitiæ teſſera, conſiſtere poſſunt, quemadmodum ſi hæc latitudo excedatur, in alterutram partem peccari neceſſe eſt; Quia *ſunt certi denique fines, Quos ultra citraque nequit conſiſtere*

ſtere rectum. In comparatione tamen ratio Ulpiani magis mihi placet. Arbitri extra terminos compromiſſi nihil juris habent; In his autem ita eſt, ut tres ferant ſententiam, non duo. Accedit ratio minime ſpernenda, quod argumenta tertii illius reliquos ad mutandum inducere poſſent, quæ res facit, *ut nec judices duo ex tribus, uno abſente, judicare poſſint, ſi tres judicare ſint juſſi*, ut Celſus idem qui laudatur in *hac l. 17. §. ult.* ſcribit in *l. 39. d. Re Judic.* Nec Pontifex in hac re, quod ad judices attinet, quicquam mutare ſuſtinuit. Ita enim ſcribit in *fin. d. C. ult. Circa judices verò antiqua jura* populi Romani *nolumus immutari*, inquit. Cur magis in Arbitris? *Ut quæſtionibus*, ita dixerat, *finis celerius imponatur in pr. d. c. ult.* qua gratia in arbitros unice compromiſſum eſt. Quid hoc, an judices ideo minus conſtituti ſunt? An vero, quia munus eorum eſt publicum, ad quod etiam inviti abſentes cogi poſſunt? Sed arbitri abſentes non minus prompte à Prætore compelluntur, *l. 3. §. 1. & paſſim. h. t.* Plane, ut ratio juris civilis præferenda videatur.

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Si quis ex litigatoribus ideo non adfuerit, quod valetudine vel reipublicæ cauſa abſentia impeditus ſit, aut magiſtratu, aut alia juſta de cauſa; pœnam committi Proculus & Atilicinus ajunt: ſed, ſi paratus ſit in eundem compromittere, actionem denegari, aut exceptione tutum fore. Sed hoc ita demum verum erit, ſi arbiter recipere in ſe arbitrium fuerit paratus. Nam invitum non eſſe cogendum, Julianus libro quarto digeſtorum rectè ſcribit, ipſe autem nihilominus pœna abſolvitur. l. 21. §. 9. d. Recept. qui Arb.

1. Antonius Faber ultimam hujus §. periodum à verbis, *ſed hoc ita*, damnat ut Triboniano quam Ulpiano digniorem. Primo carpit hanc locutionem *ipſe nihilominus pœna abſolvitur*, ſapitque Tribonianum. Quid vitii ſit, non exprimit. Non poteſt aliud eſſe, quam quod auferendi caſus ponitur in regimine & abſolvitur. O criticum! Quaſi quicquam notius eſſet, quam abſolvere tam ablativum, quam genitivum regere. *Latæ leges quæ conſulem regni ſuſpicione abſolverent, Liv. lib. 3.* defective, pro *à ſuſpicione* vel de crimine aliquem abſolvere. Ad rem ipſam ait Faber prima & ultima hujus §. pugnare, quod *paſſim Triboniano contingere* ſcribit, ut *vel dubium ſe, vel mendacem præbeat, quoties aliquid in prudentum reſponſis addendo corrumpit*. Recenſeamus ſententiam textus: fieri non poterit, quin pugna tam evidens ſe nobis offerat, aut ſi nullam oſtendamus, nihil opus ſit argumenta Fabri primò deſcribere, dein refellere. Compromiſſo facto, pars altera morbo, vel itinere publicæ cauſæ non adfuit; pœna quæ ſi compromiſſo non ſtaret alter, condicta fuerat, debetur, quia non diſtinguitur, inter juſtam & injuſtam cauſam *l. 27. §. 2. h. t.* Ita ſummo jure; Quod repetere velit is, qui abfuit, compromiſſum in eundem arbitrum, æquitas non patitur eum comdemnari, cum res poſſit redintegrari: modò arbiter velit denuo ſe præbere compromiſſo: Nam ut ſecundùm cogatur, incivile fuerit Ergo tum res non poteſt redintegrari. An igitur tum is, qui abfuit morbo, vel Reipublicæ

 cauſa

cauſâ peremptorie ad pœnam tenebitur? Summum jus ita vult preſſius: Æquitas tamen adeò prægnans eſt, ut ne tum quidem juſtiſſima abſentia careat excuſatione: Sed abſolvendus ſit, cui nihil imputari poteſt. Quænam hic alia pugna eſt, quam ſummi Juris & Æquitatis? quam ego diſtinctionem inter diverſas leges non dirimere pugnam fateor, ſed in eadem ſententia legis, ſtricti juris rigorem flecti ad æquitatem, tam eſt uſitatum & paſſim in Legibus obvium, quam certum eſt cenſorem hic temeritatis cenſuram mereri graviorem, quam Tribonianus mereretur, ſi vera eſſet accuſatio. Quem ſi mentiri voluiſſet, non ſimplici mendacio deſunctum fuiſſe, verum & Julianum introducere voluiſſe, quod facit ſua cauſa mentientem, quis in animum inducere poſſet?

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Stari autem debet ſententiæ Arbitri, quam de re dixerit, ſive æqua, ſive iniqua ſit, & ſibi imputet, qui compromiſit l. 27. §. 2. d. Recept. qui Arbitr.

1. Hæc ſententia Juris Romani Doctoribus & Juris Canonici auctoribus iniqua & intolerabilis viſa eſt, Arbitros habere majorem poteſtatem quam Iudices, à quibus appellari poteſt, Arbitrorum ſententias nec appellationi, nec ulli juris remedio ſubjici *l. 1. C. h. t.* Inter æquum & iniquum nihil eſſe diſcriminis! Nihil rectius & juſtius videtur, quam quod recentior poſt Iuſtinianum introduxit Iuriſprudentia, & uſus omnium gentium approbavit; ſubmiſſionem partium in compromiſſo factam, hanc recipere limitationem, *ſi æquum arbitratus ſit*, ut probari ſolet ex *l. 30. d. Oper. libert.*; ubi Celſus; *non aliter ratum fore arbitrium patroni*, cui libertus juravit ſe pariturum, ait, *quam ſi æquum arbitratus ſit, & fere ea mens eſt, perſonam arbitrio ſubſtituentium, ut quia ſperent eum rectè arbitraturum, id faciant, non quia vel immodicè obligari velint.* Scilicet, agitur ibi de operis, quas libertus patrono promiſit, quibus hic ita moderari debet, ne libertatem, quam dedit, corrumpant. Sed ego Iuris Romani, de Arbitrorum ſententiis rectiſſimam & juſtiſſimam arbitror eſſe doctrinam, ut qui lites abhorrent, compromittere poſſint, hoc modo; Quod Titius, Cajus & Lucius de cauſa noſtra dixerint, id te ſervaturum ſpondes? ſpondeo. Et tu viciſſim? Ille ſimiliter ſpondet. Hæc eſt ſpecies tranſactionis, ſub conditione, Si illi pronuntiaverint; Sicut autem tranſactio eſt inretractabilis, favore litium finiendarum, *l. 19 C. de Tranſact.* ita ejuſmodi compromiſſum ſimili jure gaudet & gaudere debet, etſi læſio ſit enormis in duplum aut in quadruplum, ut de tranſactione ſcriptum eſt in *l. 78. §. ult. in fin. ad SC. Trebell.* Quare, quod de Tranſactione valet in hodiernos uſque mores, cur de compromiſſo ſententiaque arbitrorum diſplicere debeat, ratio reddi nequit idonea; niſi quæ magis firmare deberet ſanctionem Iuris Romani; quod heic cauſæ cognitio & ſententia intervenit: Nam vis omnis à Conſenſu, quæ eſt in Tranſactione, per quem nemo læditur, niſi volens, manifeſto reperitur eadem in compromiſſo. Sed Interpretes ſimilitudo Iudiciorum, quæ in arbitris apparet, egit in tranſverſum; ut vias Arbitrorum ſententias retractandi quæſiverint, à Canonicis laudatas *in cap. ſane 34.*

C. ſta-

C.ſtatutum 38.*c*.2.*qu*.6. Et primo quidem pro verecundiâ ſua non recedendi à Jure ſcripto, Doctores applicuerunt huc Reductionem ad arbitrium Boni Viri ex *l*.76.*ff*.*Pro ſoc.* quæ diſerte removet hoc remedium à ſententiis è compromiſſo. Sed huc tamen eam traxerunt, ob enormiſſimam læſionem, quaſi illa dolum tacitum contineret arg. *l*.36. *d.Verb.obl.* Unde factum, ut ita ſit traditum, per reductionem non reſcindi ſententiam Arbitri indiſtincte, ſed ita demum, ſi manifeſtam iniquitatem & valde enormem læſionem contineret. Sed hæc reductionis licentia ſemel in uſum fori introducta facile perrupit in tantum, ut jam promiſcuè non minus quam Appellatio recipiatur, teſte Sandio *lib*.1. *Deciſ.tit*.14.*defin*.1. Quâ re factum eſt, ut Arbitria non magis ad lites terminandas, quam Iudiciorum ambages proficiant; Procul ab utilitate publica & intentione compromittentium. Nec æquus arbiter Iuris Romani gravitatem, qua Tranſactionis vim Compromiſſo tribuit, nullo inæqualitatis prætextu labefactandam, niſi ob dolum, quæ Arbitria quoque reſcindit *l*.30.*h.tit.* his Reductionum ambagibus præferendam negabit. Cæterum, ſi quis roget, quomodo cum hac poſitione, quod ſtandum ſit arbitrorum ſententiæ ſive æquum ſive iniquum dixerint, conveniat, quod nec actio, neque exceptio, nec ullum Iuris remedium ex Arbitri ſententia, vulgo *Laudum* appellant, competere dicitur in *l*.1.*C.h.t.l*.2.*D.eod.* huic facile ſatisfiet, eo, quod omnis Arbitrorum poteſtas à compromiſſo partium pendet; unde ſimiliter actio inde naſcitur, ad pœnam, ſi qua certa ſit expreſſa, petendam; vel in id quod intereſt agendum, ſi pœna ſit omiſſa *l*.27.§.*ult.h.t.* Quæ plura hanc ad rem pertinent, huc non adſpectant. Nec illud quidem, quod tamen ſubjicere placet è jure Publico; Cum obligatione è compromiſſo, ſervandi, patiendi quicquid electo electiſve viſum fuerit, exacte convenire, populi obligationem, qui ſimpliciter Imperantes ſuprà ſe conſtituit, cujus vi ſubmiſſionis, non modo æqua, ſed etiam iniqua ferre debeat; qua de re ſcilicet, eſt alius agendi locus.

Ulpianus eod. Lib. XIII. ad Edict.

*Si plures arbitri fuerint & diverſas ſententias dixerint, licebit, ſententia eorum non ſtari. Sed ſi major pars conſentiat, eâ ſtabitur: alioqui pœna committetur. Inde quæritur apud Julianum, ſi ex tribus arbitris, unus quindecim, alius decem, tertius quinque condemnent, quâ ſententia ſtetur; & Julianus ſcribit, quinque debere præſtari, quia in hanc ſummam omnes conſenſerunt. d.l.*27.§.3 *de Recept. qui arb.*

1. Hic locus non evitat Cenſuram, ut videtur, juſtam Autumni & Groenewegii, quorum hic prolixius & ſubtilius quam ſolet, oppugnat hanc Iuliani & Ulpiani ſententiam, uſus etiam diſtinctionibus, valde ſcholaſticis. In diverſa tamen exeunt Autumnus & Ipſe: Nam prior ita cenſet, *æquius eſſe decem, non quinque præſtari, quia duo conſenſerunt in decem*; utique etiam is qui damnavit in quindecim. Alter nihil agere dicit arbitros, nec poſſe conjungi ſententias, quia licet in quindecim contineantur decem *phyſicaliter*, ſecus ſit *intentionaliter*, ita loquitur, habita ratione intentionis arbitrorum; Intentio ejus qui in decem con-

demnavit, non fuit in quinque damnare. Ideoque non poteſt trahi contra ejus intentionem. Idque in Gallia ſervari teſtatur & ipſe Autumnus aliique ab illis laudati. In Hollandia tamen Groenewegius Autumni opinionem ſervatam ſcribit. Sed melior eſt, opinor, Ulpiani & Juliani ſententia. Nam in propoſita ſpecie videndum, an decem & quindecim conjungendi ſint; adverſus quinque; An vero quinque & decem jungi debeant, adverſus quindecim. Apparet eſſe dubium; Ergo in leniorem partem & pro reo, cujus eſt favor præcipuus *l. 125. d. R. I.* reſpondendum. Atque ita Iulianus & Ulpianus recte conſtituiſſe videntur in quinque, non in decem conſenſiſſe judices, quod etiam Pontifex laudat in *cap. 1. de Arbitr. in 6.* An in Curiis id uſquequaque ſervetur, non habeo fidenter adſeverandum; quò minus obſervari debeat, quod civile jus & Canonicum ſtatuunt, cauſæ nihil eſſe videtur.

2. Quid ſi duo condemnaverint in decem, Tertius in quinque. *Octavius*, ait Accurſius hic, *prævalere duorum vult ſententiam. Ego contra, imo prævalet ſententia in quinque.* Idque probat etiam Faber, hac ratione, quod is qui condemnat in decem, etiam in quinque condemnat. Sed hoc eſt nugari. Intentio duorum conſpirat in decem, à quibus vere diſſentit qui in quinque damnat. Standum igitur eo, in quod major pars conſentit, ut diſerte ait Textus, quæ verba non poſſunt habere liquidiorem uſum, quam in hoc caſu. Idque ſtatuit etiam Pontifex in *d. c. 1. de Arb. in 6.*

3. Quid vero, ſi unus in xv. unus in x. condemnat, Tertius abſolvat. Tractat hunc caſum Grotius in *lib. 2. d. Jur. B. & P. c. 5. n. 19. Diſtinguendum*, ait, *hic inter ſententias, quæ totis rebus differunt & inter eas, quarum altera partem alterius continet, ut hæ conjungendæ ſint in eo quo conveniunt, illæ non item. Sic qui in viginti damnat & qui in decem, conjunguntur in decem, adverſus ſententiam abſolventem. At qui morte reum puniunt*, pergit Grotius, *& qui relegant, non conjunguntur, quia diverſa hæc ſunt & in morte non eſt relegatio. Sed nec abſolventes cum relegantibus conjunguntur, &c. nam qui relegat, non abſolvit.* Cum his fere conſentit Plinius 8. *Epiſt.* 14. aliique à Grotio laudati. Apparet, illos ſententiæ fundamentum ponere in rebus ſive materia judiciorum, quod eſt *phyſicale* Groenewegii; ſed cum vis ſuffragiorum ab intentione judicum pendeat, videndum, ne non potior ſit ratio, quam ille vocat, *intentionalis*, junctâ hac regula Juris, in dubio inclinandum in mitiorem partem. Ponatur exemplum Cujacii 12. *Obſ.* 16. Tres judices capite puniunt, duo pecunia, duo exilio. Vult ille reum capite puniri; *quia diverſarum ſententiarum coitio*, inquit, *non eſt adverſus eam, in qua ſunt plures idem ſentientes.* Aliter vidi ſervatum in Suprema Friſiorum Curia: Sex judices reum fuſtigari volebant; tres in opus publicum damnabant; Tres abſolvebant. Curia ſenſit, abſolventes cum leniore pœna conjungendos, ex præſumpta eorum intentione, licet abſolutio & damnatio ſint res oppoſitæ. Fortius illud eſt, quam exemplum Cujacii, quod me adſiſtente, accidit. Sex ad virgas & ſtigma inurendum damnabant. Quinque virgis cædi duntaxat volebant; unus torquendum ſentiebat reum. Hic iis qui virgis tantum cædebant, etſi ab illis toto genere diverſus, aggregatus fuit, ex præſumpto, nec non expreſſo hujus præſentis adſenſu, abſque mutatione tamen ſententiæ ſuæ. Dicendum igitur, non tam ma-

teriam

teriam quam judicum intentionem eſſe ſpectandam, cum hoc temperamento; *Mitiorem in dubio ſententiam eſſe præferendam.*

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Si quis litigatorum defuerit: quia per eum factum eſt, quominus arbitretur, pœna committetur. Proinde ſententia quidem dicta non coram litigatoribus non valebit: niſi in compromiſſis hoc ſpecialiter expreſſum ſit: ut, vel uno, vel utroque abſente, ſententia promatur: pœnam autem is, qui defuit, committit: quia per eum factum eſt, quominus arbitretur. l. 27. §. 4. d. Recept. qui Arb.

1. Sententia Arbitrorum nonniſi utraque parte præſente ferri poteſt. Ideoque ſi alter litigantium abfuerit, hic pœna compromiſſi tenetur, niſi in compromiſſo expreſſum ſit ut ſententiam Arbitri, partibus etiam abſentibus, *promant.* Hoc *promant* captat Faber, ut Tribonianæum, veteres ita non loqui. Cur non æque promere ſententiam, id eſt proferre; quam promere conſilia, Cicero promere aliquid ex ſe, *Ad famil. 5. ep.* 14. Male igitur de criſi philologica. Male etiam hoc, quod negat, in compromiſſo id exprimi poſſe ut abſente alterutro vel utroque ſententia pronuntietur. *Cui enim pronuntiabit, ſi nemo eſt, qui audiat pronuntiantem*, inquit. Ut vero is qui abſens & inauditus eſt, revera pro præſente auditoque habeatur, ſola contumacia facere poteſt *Auth. Qua in Provinc. C. ubi de Crimin.* Quæ porro contumacia poteſt eſſe ejus, qui legitimis edictis nec evocatus ſit nec evocari potuerit, cum illa juris publici non arbitrorum ſint *l. 53. §. 1. d. Re Jud.* Sic ille: nulla ratione: Nam ſi compromiſſum facere poteſt, ut ſententia effectum habeat, ſine juriſdictione, ſine conteſtatione, quid ni effectum contumaciæ ſine edictis præſtare queat? Imo plus poteſt ſuo conſenſu privatus in ſe ipſum, quam judex in privatum; Quisque enim juri ſuo renuntiare poteſt, cum nemini jus ſuum à judice nec quidem à Principe auferri poſſit *l. 2. d. His qui ſui vel al. jur.* Valet igitur conventio litigantium, ut ſi quis eorum non adſit audiendæ ſententiæ, teneatur ad pœnam, ſine omni dubio. Pronuntiationis autem fides quo conſtet, ratio multis modis expedita eſt, etiam quò partes ſententiæ latæ certiores fiant, nec iſtæ ſunt dignæ magno interprete difficultates. Sed quod additur in textu, pœnam nihilominus committi, in eamque teneri abſentem poſt exceptionem ſi convenerit, ut in abſentem lata ſententia valeret, non habet rationem. Cur enim ſi valet ſententia, nec abſens ſe opponit ſententiæ pœnam ſolvit, in quam tenetur ſaltem, qui compromiſſum violavit? Sed non eſt difficile judicatu, quod & Faber & Bachovius obſervant, hæc ultima verba non eſſe referenda ad exceptionem proximè præcedentem, ſed ad priora, hoc nexu: *Proinde ſententia quidem dicta non coram litigatoribus non valebit; pœnam autem is, qui defuit committit.* Exceptio media parentheſi includenda, ſic utique exaudienda eſt. Et Tunc omnia bene cohærent. Quod Parentheſis appoſita ſit, non eſt quod miretur, qui ſcit in archetypo Florentino, nullas vel pauciſſimas reperiri diſtinctionum notas.

Paulus Lib. XIII. ad Edict.

Si quis rem, de quâ compromiſit, in judicium deducat, quidam dicunt, Prætorem non intervenire ad cogendum arbitrum ſententiam dicere; quia jam pœna non poteſt eſſe, atque ſi ſolutum eſt compromiſſum. Sed ſi hoc obtinuerit, futurum eſt, ut in poteſtate ejus, quem pœnitet compromiſiſſe, ſit, compromiſſum eludere. Ergo adverſus eum pœna committenda eſt, Lite apud judicem ſuo ordine paragenda l. 30. eod. tit.

1. Quoniam & hanc legem Faber ex earum numero eſſe putat, quæ à Triboniano corruptæ ſunt, occupandis ejus objectionibus, quas alioqui κατὰ πόδας perſequi finem non haberet, dabimus idoneam παρέργως. Duo compromiſerunt in Arbitrum. Sed alter mutato conſilio adverſarium vocavit ad judicem, quo facto, finitur arbitrium: Publica enim Jurisdictio prævalet. Ac ita hunc caſum quidam inter eos retulere, quibus Prætor Arbitrum non cogit, hoc eſt, quibus compromiſſum finitur, ideoque nec pœnæ locus eſſe queat. Secundum quam ſententiam, impune erat eludere compromiſſum. Ergo etſi non poteſt impediri, quominus lis apud judicem inſtituta peragatur, non eſt tamen hic caſus inter eos, quibus ſolutum eſt compromiſſum; Sed actio ex eo datur adverſus temere pœnitentem & pœna committitur, ſive commiſſa vel *committenda* eſt. Quorum hoc ſoloeciſmi arguere, cum priora bene dicta fatearis, ut Faber inſtituit, ἄλογον & ἀγράμματον eſt, opinor.

2. Melius comparatum videtur, quod uſu Fori Groenewegius ſervari teſtatur; Judicem non recipere cauſam ejus, qui in Arbitrium compromiſit, antequam illud arbitrium ſit finitum. Nec ſine cauſa juſta à compromiſſo ſalva fide recedere poteſt; cujus contemptum Jus Civile quid aliud, quàm tali modo adjuvat? Nec levis auctor eſt confuſionis, ut tam Arbiter pergat & ſententiam dicat, quam Judex apud ſe ordine procedi jubeat & cauſam decidat. Cui evitando incommodo Lege lata in Hollandia proſpectum eſt, data exceptione compromiſſi hoc caſu *Ampliat Inſtr. Cur. Holl. art.* 10. Verum tamen Juris Civilis ratio eſt recta legitimaque, etſi nec eſt, quod alias Leges improbemus. Privati compromittentes, Arbitro non tribuunt neque tribuere poſſunt Iuriſdictionem, quæ ſemper apud Iudices publicè conſtitutos manet. Obligare ſe poſſunt invicem ad pœnam, vel in id quod intereſt, ſi non ſtent compromiſſo; atque ita tenentur, ſi arbitro deſerto, ad Iudicem ſe conferant, at Iuriſdictionem publicam non intercipit compromiſſum. Non agere bona fide illum, qui provocat ad judicem, concedimus. Ideo tenetur ex compromiſſo, ut omnes qui fidem violant in contractibus, haud aliter quam in id quod intereſt, vel ad pœnam promiſſam tenentur. Ita cautum eſt in hac ſpecie, ne ſit in poteſtate ejus, quem temere pœnitet, eludere compromiſſum; quia datur in eum actio, qualis unicè è Promiſſo dari poteſt. Confuſio quæ arguitur, nulla eſt; Arbiter agat ex compromiſſo, ut videtur; Fiet quod fieri debere compromiſſum eſt, ut qui non ſtat compromiſſo, teneatur ita, quemadmodum convenit. Hoc nihil obſtat, quominus Iudicium inte-

Digitized by Google

Interim auctoritate publicâ procedat, ac in eo cauſa peremptoriè decidatur. Idque apud nos ita valiturum, ego quidem exiſtimo, & æquum cenſeo, ratione juris publici validâ, & ſine læſione juris privati.

Paulus eod. Lib. XIII. ad Edict.

Julianus indiſtincte ſcribit; Si per errorem de famoſo delicto ad arbitrum itum eſt &c. vetare debet Prætor ſententiam dicere, nec dare dictæ executionem l. 32. §. d. tit. de Recept. qui arb.

1. Præfert Groenewegius mores hodiernos, qui de famoſis imo de publicis delictis in Arbitros compromitti patiantur; & reprehendit tacite Curiam Friſiæ, quæ ſecundum hanc Legem, Arbitrorum ſententiam de cauſâ injuriarum, ipſo jure nullam pronuntiavit apud Sandium *lib. 5. tit. 8. def.* 6. Atqui nihil Jure Civili rectius hac parte; Nam compromiſſum, ſicut omnes contractus, de rebus ſingulorum patrimonialibus ſolummodo iniri poſſunt, non de publicis, neque de famoſis aut aliis quæ à libero cujuſque patrisfamilias arbitrio non pendent, cujuſmodi eſt etiam matrimonium; de quo proinde non poſſe compromitti Jure Canonico recte conſtitutum eſt *cap. pen. x. de in int. reſt.* Verum enimvero quod ad injurias attinet, cum earum condemnatio noſtris moribus, Friſiæ nominatim, famoſa non ſit, ut palam conſtat & demonſtratum à nobis eſt ſuprà *ad l. 1. d. his qui infam. not. n.* 11, parum animadverto, quamobrem his diebus Arbiter ex compromiſſo de injuria ſententiam ferre non poſſet; modo non ſit tam atrox, ut publicam vindictam non requirat, cui ſane per compromiſſum præjudicari non poſſe dicendum. In cæteris, ubi pecuniaria tantum ratio actori applicanda vertitur abſque metu infamiæ, nihil eſt cauſæ, cur ejuſmodi injuriæ, compromiſſi naturam excedant. Niſi hoc inde liqueat, tempore Sandii non videri adhuc ſediſſe Curiæ noſtræ Injuriarum reos non fieri infames, qua de re ad *d. l. 1. d. His qui infam. notantur*, egimus.

Paulus Lib. XIII. ad Edict.

Quæſitum eſt de ſententia dicenda. & dictum, non quamlibet: licet de quibuſdam variatum ſit. & puto vere non committi, ſi dicat ad judicem de hoc eundum vel ſe, vel alium: (in) ſe, vel in alium compromittendum. Nam & Julianus impunè non pareri, ſi jubeat ad alium arbitrum ire, ne finis non ſit; quod ſi hoc modo dixerit, ut arbitrio Publii Mævii fundus traderetur, aut ſatiſdatio detur: parendum eſſe ſententiæ. idem Pedius probat: ne propagentur arbitria, aut in alios interdum inimicos agentium transferantur, ſua ſententia finem controverſiæ eum imponere oportet: non autem finiri controverſia, cum aut differatur arbitrium, aut in alium transferatur, partemque ſententiæ eſſe, quemadmodum ſatisdetur, quibus fidejuſſoribus: idque delegari non poſſe, niſi ad hoc compromiſſum ſit, ut arbiter ſtatueret, cujus arbitratu ſatis daretur. l. 32. §. 16. d. Recept. qui Arbitr.

1. Ini-

Digitized by Google

diciorum, inter quæ ſunt qui ex promiſſo Arbitrium *receperunt*. Heic agitur de eo, quod Nautæ, Caupones, Stabularii *receperunt*. Quid hic aliud eſt connexionis, quam quod utrobique vox *receperunt*, invenitur? A judiciorum & arbitrorum materia nihil eſt alienius quam hujus tituli argumentum. Satin' dignum Artificibus magnæ diſciplinæ, tam nugatoriam methodi cauſam ſequi? Tamen Jacobus Gotofredus haudquaquam ineptus auctor *in Serie Pandect.* nihil invenit heic ἀνάλογον, nihil reprehenſione dignum, quia ſic fuerit etiam in Edicto perpetuo. Quod an valeat ad excuſandum Tribonianum, neſcio. In Edicto perpetuo quur ita fuerit, vellem Gotofredus exponeret. Quod ſi illud ordine minus artificiali congeſtum fuerit, in hoc tamen Syſtemate Juriſprudentiæ paulo plus accurationis adhiberi debuiſſet. Verum hæc res ad materiam Eunomiæ non pertinet, ad formam Artis exteriorem ſpectat; quam miſſam facere liceat.

Ulpianus Lib. xiv. ad Edictum.

Noviſſime videndum, an ejusdem rei & de recepto honoraria actione & Furti agendum ſit? Pomponius dubitat. Sed magis eſt, ut vel officio Judicis, vel doli exceptione, alterutra contentus eſſe debeat l. 3. §. ult. Naut. Caup. Stabul.

Nulla videtur eſſe ratio dubitandi, quæ Pomponio præſtrinxit, & Ulpiani deciſionem fundamentis Iuris repugnare, ſunt qui exiſtimant. Nam actio de recepto eſt rei perſecutoria §. *praeced.* Furti mere pœnalis §. *ult. I. de obl. ex del.* Quarum concurſus, ut notum, eſt cumulativus. Idque publicæ vigor diſciplinæ poſtulat, ne furibus parcatur, quorum odio receptum eſt, ut quam plurimis actionibus teneantur, ait Iuſtinianus in §. 14. *Inſt. de Action.* Quid igitur alterutra contentus eſſe jubetur actione dominus? Videtur eſſe ratio: quod actio Furti detur ei cujus intereſt. Domini autem qui ſuum nactus eſt, aut habere poteſt à nauta vi quaſi contractus de Recepto, non intereſt, utique ſi hic ſolvendo ſit; quemadmodum de domino rei pignoratæ & locatæ conſtitutum eſt in *l.* 14. §. 10. *& ſeqq. de Furt.* Neque verò fur impune abit. Nauta enim adverſus Furem, habet actionem Furti *l.* 4. *in pr. h. t.* Ideo licet ſummo jure Fur domino teneatur, tamen quia non intereſt domini, nec bis de furto conveniri poteſt; Aliis ita videtur, ut ſummi vir ingenii & judicii. Actionem Furti, quæ hic cum actione de recepto concurrit, eſſe ex quaſi delicto in duplum adverſus ipſum nautam de furto alicujus ex his quorum opera uſus eſt in nave §. *ult. Inſt. de Obl. ex qu. del.* *l. ult.* §. 1. *h. t.* Contra quem doli innocentem bis agi iniquum ſit: Etſi forte ſummo jure utraque daretur actio; Sed æquitatem exceptioni locum facere. Niſi obſtet huic expoſitioni, quod Actio in factum in duplum ex quaſi delicto, non ſit nec appelletur Actio Furti, quæ dolum & contrectationem & Furem requirit: Item, quod actio hæc in factum mixta ſit, cui etiam res ineſt; ac ideo ſi hæc inſtituta fuerit, dubitari nullo modo queat, an de recepto rei perſecutoria ex eodem facto detur; vel ſi hæc prius mota fuerit, an integra in Factum in duplum ſuperſit; per ea, quæ de concurſu actionis mixtæ & rei perſecutoriæ conſtant è loco communi, quem habuimus ad *tit. I. de Action. ſub.*

 fin. Ad-

ſin. Adde, quod in *L. ſequ.* verba, *ſed & ipſi Nautæ furti actio competit &c.* in quibus eſt continuatio præcedentis orationis, furti actio ſine dubio propriè accipienda ſit, arguitque ſenſum loci præcedentis & cohærentis.

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM V.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

ABſolvimus, quod Deus bene vertat, primam è ſeptem Pandectarum partibus. Idem Deus adſit propitius in ſequentibus, & det, ſi ad nominis ejus gloriam pertinebit, ut ad debitum finem hoc æqui bonique examen perducere liceat. Primo omnium ſeſe offert,

RUBRICA De JUDICIIS.

Non deſunt Chriſtiani nominis profeſſores, qui Chriſtianis illicitum eſſe uſum Judiciorum, cum generaliter, tum inprimis criminalium, ex ſimplicitate ſcilicet Evangelicæ doctrinæ, contendunt. Quorum argumenta publici licet ſaporis, Juris tamen ſtudioſis neque ſpernenda, neque negligenda, nec adeò ipſis familiaria ſunt, ut illorum conſideratio heic otioſa futura ſit. Nec imitandus adeo mos eorum, qui leges & monita Chriſti magis ex uſu ſæculi, quam ex verâ & ſimplici illorum intentione metiuntur ac interpretantur. Oportet etiam bene certos eſſe Juris cultores, an ſalvâ Religione, dare poſſint operam diſciplinæ, cujus Cardo vertitur in Judiciis, quæ controvertuntur.

2. Primum contra Judicia argumentum eſt è *Matthæi cap. 5. v.* 38. *& ſeqq.* ubi, cum Chriſtus dixiſſet, *Dictum audiviſtis; oculum pro oculo, dentem pro dente*, ita ſubjungit: *Sed ego vobis dico, ne reſiſtatis malo; ſed quicunque te percutiat in dextram maxillam, obverte ei & alteram. Et ſi quis tecum litigare velit, ut tunicam tuam auferat, cede eidem & pallio. Denique, ſi quis te cogat ire mille paſſus, ambula cum illo duo millia.* Etſi hæc vulgo hominibus obſervatu ridicula videantur, nos utique ſanctiſſima eſſe non dubitabimus. Sed hoc omnino præſumendum, Chriſto Domino non fuiſſe propoſitum, tollere judicia; quibus ſublatis, res humanæ,

Digitized by Google

næ, quomodo adhuc ſunt, nullo modo conſiſterent, nec populus Dei vitam in hoc mundo tranquillam agere poſſet; cui accedit, quod ipſe in *Cap.* v. vſ. 17. præmonet ſuos, ſe non veniſſe καταλῦσαι τὸν νόμον, *ad diſſolvendam Legem*, cujus vis & præcipua pars eſt, Judicium; ἀλλὰ πληρῶσαι, ſed ut *eam impleret.* Non poteſt igitur ſuis interdicere voluiſſe penitus uſum rei tam ſanctæ quam neceſſariæ. Sed officium judicis à privatorum officiis dividere docet. Vindictam talionis judices in genere & æqualiter obſervare debent; privatos hanc ſibi ſumere non vult, ſed potius, quam rixari & pugnare, pati injurias & damna levioris generis, qualia quæ exempli cauſâ refert, de tunicis, pallio, colapho, & itinere breviſſimo; nec enim ut hæc ad graviora transferantur, litera vel ratio poſtulat. Ne quidem judicio contendere vult ſuos de tunicâ vel re ſimili. Nec tamen judicis officium implorare vetat, opinor, contra expilatores & prædones, ad cautionem futuræ ſecuritatis & indemnitatem majoris momenti. Perturbationes animi è vindictâ, litigiis & rixis à Spiritu ſuo alienas enixis verbis improbat. Extra illud πάθος animi, non eſſe literæ horum verborum inhærendum, ipſe ſuo docuit exemplo, quando tulit colaphos, non obtulit ſe pluribus, etſi obtuliſſet potius quam ultionem probaſſet. Quam non ſegniter uſus ſit Paulus jure judiciali adverſus injurias, cum alibi, tum Philippis, videre licet Actor. 16: v. 37.

3. Ad ſecundum argumentum ex *cap.* 7. v. 1. Μὴ κρίνετε, ἵνα μὴ κριθῆτε, *Nolite judicare, ne judicemini*, eſt liquida reſponſio; non adimi hominibus judicium; ſed temeritatem de aliis judicandi, metu juſti judicii, ob injuſtum, coerceri: quemadmodum ipſe Dominus id explicat, v 11. *Johann.* 24. Μὴ κρίνετε κατ' ὄψιν, ἀλλὰ τὴν δικαίαν κρίσιν κρίνατε: *Ne judicate juxta adſpectum, ſed juſtum judicatote judicium.* Eadem reſponſio ad *Rom.* 14. v. 4. Paulò conſideratior eſt locus Pauli 1. *ad Corinth.* 6. qui exemplum præbet hodieque Mennonitis inter nos, accuratioribus. Πρὸς ἐντροπὴν ὑμῖν λέγω, inquit, οὕτως οὐκ ἔστιν ἐν ὑμῖν σοφὸς οὐδὲ εἷς, ὃς δυνήσεται διακρῖναι ἀνὰ μέσον τοῦ ἀδελφοῦ αὐτοῦ: *Velim hoc advertatis ad animum; Adeo nec unus inter vos eſt ſapiens, qui inter fratres judicare poſſit?* Ἀλλὰ ἀδελφὸς μετ' ἀδελφοῦ κρίνεται, καὶ τοῦτο ἐπὶ ἀπίστων. *Sed frater cum fratre litigat, idque coram infidelibus?* Dicendum quod res eſt; Laudabilius faciunt, qui hanc rationem ſequuntur, ut lites ſuas arbitrio fratrum ſubmittant, idque ſemper & ubique: Inter infideles etiam magis habet præcepti neceſſitatem, ad evitandum ſcandalum è deformi contentione fratrum apud extraneos. Sed neceſſitas ultra caſum à Paulo traditum extendi non poteſt: nec etiam commendatio propter id quod potius & laudabilius eſt, ſi pars adverſa ſubmittere ſe nolit, aut eâ viâ, nihil in rebus majoris momenti, ut fere uſu venire comperimus, profici poſſit. Enimvero quod Debitoribus noſtris remittere jubemur ea quæ nobis debent, hoc ad patrimonium & pecuniam non ſpectare ſatis inter omnes conſtat. Quæ peculiariter Actionibus Injuriarum & Judiciis Criminalibus objiciuntur, ſuis locis reſervabimus. Concluſio eſt, Judicia non tantum eſſe licita, ſed etiam neceſſaria, ut pluribus demonſtrant Ameſius 5. *de Conſcient. c.* 14. Spanhem. *p.* 3. *dub. Euang. c.* 26. Grot. *l.* 1. *c.* 2. *n.* 13.

Ulpianus Lib. III. ad Edict.

Si judex ad tempus datus & omnes litigatores conſentiant; niſi ſpecialiter, principali juſſione, prorogatio fuerit inhibita, poſſunt tempora, intra quæ juſſus eſt litem dirimere, prorogari l. 2. §. 2. d. Judic.

1. Duplex in hunc locum cenſura ſe offert. Una Fabri, qui hæc verba; *niſi ſpecialiter principali juſſione prorogatio fuerit inhibita*, à Triboniano inſulſe adjecta adfirmat Nam Ulpianus, inquit, *hic* ſenſit de judice pedanco à prætore dato. Exceptio autem pertinet ad judicem à Principe datum; cujus crebra in Codice mentio, vix unquam apud veteres Juris Auctores. Præterea, morem eſſe Triboniani ſupervacuas & inſulſas injicere exceptiones, qualis etiam hæc ſit. Denique Tribonianæam manum argui ex inepto loquendi genere, cum dixit, *prorogationem inhibitam juſſione*, quaſi *juſſio poſſit fieri per inhibitionem aut inhibitio per juſſionem*. Hæc Faber: Mihi hæc duo verba; *Principali juſſione* ſuſpecta ſunt emblematis; quibus ſublatis, nihil incepti in ſtylo, vel in ipſo genere exceptionis ſupereſt. Actum enim hic fuit ab Ulpiano de prorogatione non jurisdictionis, ut recte Faber, ſed formulæ à prætore judici datæ, quam ab ipſo cum inhibitione prorogandi tempus præſcriptum fuiſſe conceptam, habet rationem & utilitatem. Sed formulis & judicibus à prætore datis, tempore Juſtiniani, ſublatis: Tribonianus recte ſe facturum putavit, ut rem ad ſui temporis uſum accommodaret, ſi hæc duo verba adjiceret; quia tunc Judices ſoli Principi & ejus inhibitionibus immediate ſubjecti erant: Cur enim de judicibus extra ordinem à Principe datis hæc verba ſolis accipienda ſint, nihil à Fabro profertur. Culpa igitur Triboniani in hoc ſolo conſiſtit, quod unicum fere ejus emblematis offendit, dicta veterum ut inconcinna & obſcuriora faciat: In ipſam juris rationem, quæ fuit cum Pandectas ederet, & quam ipſi bene perſpectam fuiſſe conſentaneum eſt, nihil hactenus admiſit.

2. Altera Cenſuræ Species eſt in univerſum hujus loci argumentum: Communibus recentiorum Juriſperitorum calculis improbata eſt tanquam Ordini Civitatis adverſa Doctorum ſententia, quâ prorogationem Jurisdictionis, de tempore ad tempus, fieri poſſe crediderunt, *hujus argumento textus*. Eo quod privatorum conſenſus judicandi poteſtatem, quæ publici juris eſt, fundare non poſſit: Ut plane fieret, ſi poſt tempus judici præſcriptum, hic in judicando continuaret. Quæ ratio ſi vera eſt; quemadmodum è publici juris diſciplinâ petita eſt, videndum, ne Cenſura magis in hunc textum quam in Doctores incumbat. Nam ſi maxime locus hic agat de judice pedaneo, ut volunt, & concedendum eſt, poteſtas tamen judicandi, quam is habet, æque publica & privatorum arbitrio exempta eſt, quam Magiſtratuum: Et judex nihilo plus vel partes ſuo conſenſu ad tempus ſibi prorogandum conferre poſſunt, quam qui habet jurisdictionem vel qui adeunt Prætorem *per l. 32. h. t.* Accedit, quod ut textus nunc habet, ſoli Principis inhibitio reſtringit hanc prorogandi licentiam *h. l. 2. §. 2.* cum à Principe non minus Magiſtratuum, quam ab his judicum pedaneorum poteſtas dependeat.

pendeat. Unde videtur adſtrui poſſe, quod abſurdum eruditiores Interpretes in prorogatione Juriſdictionis à tempore ad tempus inveniunt, id ipſum in prorogandâ judicis pedanei poteſtate, ſi tempus illi à Magiſtratu qui dedit illum, non producatur, conſiſtere videri. Ajunt, in favorem litigantium, quo lis celerius terminaretur, adjectum eſſe tempus, cui ſcilicet, ipſi renuntiare poſſint; Quod non eſt admittendum; quia ſi favor ille maxime perſpicuus eſſet, cujus rei obſcura ſunt viſtigia, tamen ad publicam judicandi poteſtatem nihil momenti conferre poſſet renuntiatio tacita, nec quidem expreſſa privatorum.

3. Quid ergo tandem? Prorogatio temporis in judice pedaneo ex ipſius & partium conſenſu, non vi conſenſus, ſed auctoritate legali propter utilitatem civium, uſu Fori videtur eſſe recepta, ſine cauſa quidem Iuris adæquata, ſed & ſine confuſione judicialis diſciplinæ. Iudices illi erant privati homines ad certas cauſas à Magiſtratibus delegati, à quibus omne jus eorum proficiſcebatur; Ac ideo jure, quod ab illis habebant, finito, poteſtas eorum non poterat non ſolvi; Tamen ita ſolitum eſt fieri, ut officio Magiſtratus illius finito, Iudices tamen ab illis dati judicium peragerent *l. 49. §. 1. d. Judic.* quæ fuit etiam prorogatio temporis, æque ac in ſpecie legis ſuprà ſcriptæ à litigatoribus facta eſt. Cauſam juris in homine privato de re ſingulari nonnihil produci, cum poteſtas à qua delegatus erat, in aliâ licet perſonâ, ſubſiſteret, non erat inſolens. In juriſdictione Magiſtratuum longe alia fuit ratio. Illi jus pro tribunali dicere, partes cogere, ſententias ſuas exequi debebant; Id quomodo poſſent, a Tribunali ſubmoti, nullo charactere publico inſigniti? Hoc illis à partibus & à ſe ipſis dari, nullam habebat civilem facultatem. Sic igitur rationes abſurdi, quæ in prorogatione juriſdictionis à tempore ad tempus eruditos offenderunt, in hunc textum minime conveniunt. Adde ſis, quæ d. x. *in Prælect. ad tit. de Juriſdict. n.* 10. *pag.* 81. *col.* 1.

Ulpianus Lib. III. ad Edict.

Legatis in eo, quod ante legationem contraxerunt: item his, qui teſtimonii cauſa evocati ſunt, vel ſi qui judicandi cauſa arceſſiti ſunt, vel in provinciam deſtinati, revocandi domum ſuam, jus datur. Ei quoque qui ipſe provocavit, non imponitur neceſſitas, intra tempora provocationis exercendæ, Romæ vel alio loco ubi provocatio exerceretur, aliis pulſantibus reſpondere: Nam Celſus huic etiam domus revocationem dandam ait: quoniam ob aliam cauſam venerit: hæc Celſi ſententia rationabilis eſt. Nam & Divus pius Plotio Celſiano reſcripſit, eum qui tutelæ reddendæ cauſa Romam erat à ſe evocatus, alterius Tutelæ cauſa, cujus cauſa non erat evocatus, non debere compelli judicium ſuſcipere. Idem Claudio Flaviano reſcripſit, minorem 25 annis qui deſiderarat in integrum reſtitui, adverſus Aſinianum, qui alterius negotii cauſa venerat, non eſſe Romæ audiendum l. 2. §. 3. d. Judic.

1. Antonius Faber ad *hanc l.* cenſet, omnia, quæ ſunt à verbis *Ei quoque*, ad finem uſque adſuta eſſe à Triboniano & Ulpiano inepte falſoque adſcripta. Duabus id ſummis rationibus evincit, tam à re ipſa, quam à dictione hujus loci deſumptis. A re ipſa, *Falſiſſimum* eſſe dicit, *quod Tribonianus pro veriſſimo intrudit.*

Eum

Eum qui appellationis proſequendæ cauſa Romæ ſit, ibi de alia cauſa non poſſe conveniri. Qua de re mea ſic eſt ratio; non videre me cui bono Tribonianus hunc locum Ulpiano adtinxiſſet. Emblemata enim ſua, ni prorſus inſanum fuiſſe credamus, ideo ſcriptis veterum inſeruit, ut illa ſuis temporibus & Juſtiniani legibus adtemperaret. Hoc autem præſens ſi ab illo ſit injectum, ab hoc inſtituto eſt alieniſſimum. Agit enim de privilegio illorum, qui Romæ agebant, revocandi domum. Quid malum, illi curæ fuit, quo pacto Romæ qui agerent provinciales jure domum revocandi uterentur, cum Roma ſub Gothico gemeret jugo, nec amplius principem communis Patriæ locum & dignitatem, quo ſpectat hoc privilegium, tueretur. Niſi tu dicas, hoc idem jus fuiſſe Conſtantinopoli, id eſt, novæ Romæ, primo quidem id non liquet; & ſi res ita eſt, quomodo Tribonianus ignorare potuit, quod omni die in urbe, cui ſub Imperatore ſuo præſidebat, ſervabatur; aut quomodo pro vero falſiſſimum jus ejuſdem loci & temporis hominibus obtrudere potuit? Hujus rei longe mihi validior eſſe videtur conſideratio, quam ſunt ratiunculæ Fabri adverſus hunc articulum juris. Quas ſi diffiderem à Lectore juris haud imperito facile diſcuti poſſe, hic adderem, & adderem tamen, niſi tæderet prolixitatis, in quam ſe Faber in immenſum diffundit. Adfirmare tamen nullus dubito fore ut evaneſcant, ſi probare poteſt Lector, quod dicam; qua ratione qui judicii exercendi cauſa Romæ verſatur, habet jus domum revocandi, ut in *hujus §. princ.* ſcriptum eſt, eadem, qui appellationis exercendæ causâ Romæ agit, illud privilegium deſiderare eique indulgeri poſſe. Quod ſi obtinemus, ut per ſe loquitur; neceſſe non erit allegare, quod incredibile ſit, Tribonianum, ad emblemata ſua Lectori inſinuanda conſtitutiones Imperatorum trecentis ante ſcriptas annis è tenebris eruiſſe, veterumque Juriſconſultorum loca diſcribenda putaſſe, ut eas ſub Ulpiani nomine, procul ab uſu temporis ſui publici juris faceret: nihil unquam minus probabile tanta cum fiducia prolatum videre contigit. Plus aliquanto ſcrupuli movet è phraſiologia hujus loci, cujus aliquot habet ſpecimina. Pleraque, opinor, inania tamen; ut *exercere provocationem*, quod nihil habet inſolens aut ſoloecum. Ne quidem hoc, ut puto, *neceſſitas imponitur reſpondere.* Græciſmus enim eſt, quos veteribus Juriſctis eſſe frequentiſſimos undique conſtat. Nec id movet, quod duabus periodis continuis idem fere vel ſimile principium anaphorice datum eſt, *Nam Celſus. Nam & Divus*; Talia enim nec paulo duriora paſſim obvia ſunt. Sed quod *Pulſare*, pro compellare in judicio ponitur, in Codice frequens, in Pandectis fere de injuria manu & verbere facta ſumitur, habet ſpeciem. Et tamen idem Ulpianus ſic etiam loquitur in *l. 11. §. 9. d. Interrog. in jur. fac.* ubi nec ipſe Faber id verbi reprehendit, vel νεωτέρως arguit, & in *hac l.* aliquoties recurrit. Domus & domum revocatio, conciſe, pro domus cauſa, vel domum facta revocatio non eſt tam inſolens quam *domuitio* veteribus ipſique Ciceroni cognita. *Rationabilis* ultimum eſt, quod ut barbarum notat; Atqui Pomponius & Paulus Ulpiani coævi, ille in *l. 37. d. Stipulat. ſerv.* hic in *l. 34. d. Oblig. & Act.* habent, *Rationabilius.* Magis igitur eſt, ut hanc criſin Fabrianam ſuſtineamus & prætereamus. Et hanc rationem producimus ad *§. ſequ.* quem ſimiliter eſſe à Triboniano, ut Fabro concedendum ſit, à re nihilo plus, à ſtylo minus adhuc rationis apparet.

Ulpiani

Digitized by Google

Ulpianus Lib. III. ad Edict.

In omnibus autem, in quibus protelatur admonitio, hoc procedere, ſine temporali damno creditorum oportet l. 2. §. pen. d. Judic.

1. Quid hoc locutionis, *protelatur admonitio*? Senſus eſt, ubi *differtur judicium*, ſive petitio, per Privilegium legatorum, de quibus egit antea JurisCtus, id fieri ſine præjudicio Creditorum, quibus interim non currit præſcriptio, quâ excludatur actio *l. ult. in fin. C. Qui bon. ced.* Sed *protelari admonitio*, nuſquam apud Veteres, opinor, hoc uſu reperitur; ſignificat vi abigere & proturbare, idque tam telis, quam dictis, ut apud Terent. *Sævis protelare* dictis. Pro differre, proferre nuſquam veteres. Sed in Codice apud Legem *properandum C. h.t.* quæ eſt Juſtiniani, extat eo ſenſu *protelare*, corrupto è græco τῆλε, vocabulo quod ſignificat, *procul.* à græcis latiniſmo ſimul utentibus. Nam ita fieri ſolet, ab his qui juxtâ vernaculam utuntur exotica politiore vel regnante linguâ. Alterius linguæ vocabula in alteram declinatione vel conjugatione transformant. Nec admonitio pro in jus vocatione vel petitione judiciali ut hic fit, à veteribus uſurpata fuit, quod ſciam. Hæc igitur & reliqua ſtylum arguunt Tribonianeum, qui hunc verſum cultiſſimis Ulpiani ſcriptis inſeruit, ut Cujacius in *l. 1. C. de dignitat.* jam monuerat: *Unde autem & ex quâ parte juris novi ſit petitus hic locus., non dicit Cujacius*, eſt ἐπιχείρησις D. Wiſſembachii. Credo, quod in re manifeſta verbis ſe ipſa prodentibus, id ſupervacuum ratus eſt Cujacius: Nec forte ſcivit locum, unde Tribonianus hæc deprompſerit. Nam quod D. Wiſſembachius putat, hoc petitum eſſe *è d. l. ult. in fin. C. Qui bon. ced.* illic agitur de ſpecie ſatis diverſâ; de induciis à Principe datis debitoribus, caſque ſine præjudicio Creditorum reſpectu præſcriptionum, quibus actiones eorum finirentur, eſſe intelligendas. Argumentum duntaxat inde poteſt colligi ad moram quæ legatis in jus vocatis, de quibus in hac *l. 2.* agitur, indulta fuit. Sed nec jure Veteri dubitatum puto, quin ejuſmodi dilationes tertio non præjudicarent, quo nihil eſt æquius, melius. Quod ad rem igitur attinet, nihil â Triboniano peccatum reor hoc emblemate. Formæ exteriori & elegantiæ nonnihil ejuſmodi farcimentis detrahi, non poteſt negari.

Ulpianus Lib: III. ad Edict.

His datur multæ dicendæ jus, quibus publice judicium eſt, & non aliis; niſi hoc ſpecialiter iis permiſſum eſt l. 3. §. ult. d. Judic.

1. Verba ultima, quibus exceptio ſignificatur, inſulſe à Triboniano adjecta eſſe monet Faber. *Perinde enim eſt*, ait, *ac ſi ſcriptum eſſet*, *non aliis dari jus dicendæ multæ*, *quam Magiſtratibus & quidem majoribus*, *niſi datum iis ſit*. Quod ineptum eſſe negari non poteſt. Sed ineptia quæſita eſt à Fabro, non ineſt verbis. Nec enim exceptio refertur ad eos, quibus publicè judicium eſt, ſed ad alios, quibu

Digitized by Google

quibus id non eſt, verum qui dati & delegati ſunt ab illis. His non competit jus mulctæ dicendæ, niſi id ſpecialiter iis à delegantibus ſit permiſſum: quod cur à veteri Jure alienum cenſeri debeat, nihil profertur, cum omnis delegatorum poteſtas à delegantibus eſſet. Faber hoc emblema dictat à Triboniano petitum eſſe ex *l. ult. C. de Sportul. & ſumpt. in diverſ. Jud.* ubi cunctis Judicibus, etiam à majoribus delegatis, mulctæ dicendæ jus conceditur. Sed quomodo inde ſpecialem certis judicibus factam permiſſionem excipit, ex lege generali & univerſali? An ne quidem excerpendi & deſcribendi artem ineptiæ vacuam Triboniano relinquemus? Pergit Faber; Debuerat Tribonianus in præcedentibus ſcribere; *Hi habent mulctæ dicendæ jus:* Non, quomodo ſcriptum eſt; *His datur*, Ut poſſet congruè ſubjici exceptio: *Niſi hoc ſpecialiter eis permiſſum eſt.* Qui poteſt rationem hujus objectionis capere; ego enim nullam video; reſponſionem æquè facile comminiſcetur.

Ulpianus Lib. v. ad Edict.

Cœcus judicandi officio fungitur l. 6. d. Judic.

1. Abſurditatem hujus poſitionis ut eviiet Accurſius, duobus utitur reſpondendi mediis. Primo, Judicem hic factum eſſe cœcum, dum erat judex, ac ita duntaxat ſuperveniente cœcitate, non amittere munus ſuum. Altero, munus eum judicandi retinere, *quoad dignitatem, non quoad adminiſtrationem*, vel ſaltem ut adjutorem accipiat. In qua ſententia nimis acerbe Accurſium vellicari à Duareno 1. *diſput. anniverſ.* 23. ſcribit Mornacius ad h. l. Atqui Duarenus, antiquitatis ignoratione lapſum eſſe Accurſium dicit, quo nihil eſt verius, idque ei toties objicitur haud immerito, ut pro acerbo haberi non debeat; etſi non minus verum eſt, quod Mornacius ait, neminem melius Accurſio de Juriſprudentia eſſe meritum: ſed in egregiis hominibus arguere lapſum ignorationis, ſi non fiat calumnioſè, non eſt nimis acerbum. Et nimii ſunt amatores ſui, qui æquo animo ferre non poſſunt, erroris ſe argui; modo ſine vera acerbitate fiat.

2. Accurſius confudit Judices & Magiſtratus, ut apparet è gloſsa & conciliatione hujus *l. 6.* cum *l. 1. §. 6. d. Poſtul.* ubi Ulpianus idem qui hic loquitur, cœcum judicandi officio fungi, ponit extra controverſiam, indiſtincte, Magiſtratum retinere quidem, ſed novum petere non poſſe ſcribit. Eſt hic locus de judice pedaneo, quem Magiſtratus dabat ad ſingulas cauſſas; Cum autem cœcitas minime tollat judicium, doctrinam, prudentiam, quid erat impedimento, quominus ad cauſas, in quibus viſu externo opus non erat, quod ex genere negotii poterat diſcerni, judex ejuſmodi delegaretur? Noſtri Judices cum ſint Magiſtratus, Accurſianis egerent diſtinctionibus.

3. Sed eſt objectio: quomodo cœci judices pedanei potuerunt implere neceſſitatem legendi ſententias ſuas è ſcripto, quod *periculum* vocatur, ſumpta tranſlatione ab uſu, quod ad memoriæ periculum adhibeatur in *tit. C. de Sent. è peric. recit.*? Gloſſa, cœco re ipſa hoc ſatis remitti cumque per alium legere poſſe ſtatuit. Verius eſt, hoc requiſitum eſſe recentius, inde poſtquam mos judicum pedaneorum

rum

rum pridem erat abolitus. Conſtitutiones enim Valentis & Valentiniani, item Valeriani & Galieni in *d. tit. de Sentent. è periculo* ſive *breviculo*, ut alii, primæ laudantur; cum Judices jam eſſent Magiſtratus & haberent juriſdictionem inde à tempore Diocletiani & Maximiani, ut videmus in *l. 2. C. de Jud. Ped. & tit. de Juriſdict. omn. jud.* Olim non videtur fuiſſe neceſſarium, ut judices ipſi è ſcripto legerent ſententias, etſi quoſdam id factitaſſe legimus, ut obſervat Polletus *Hiſt. for. Rom. lib. 5.*

Ulpianus Lib. LXX. ad Edict.

Si debitori meo velim actionem edere: Probandum erit, ſi fateatur, ſe debere, paratumque dicat ſolvere, audiendum eum, dandumque diem cum competenti cautela ad ſolvendam pecuniam. Neque enim magnum damnum eſt in morâ modici temporis. Modicum autem tempus hic intelligendum eſt, quod poſt condemnationem reis indultum eſt. l. 21. d. Judiciis.

1. Anton. Faber verba hujus *L. Dandumque diem* & ſequentia cenſet eſſe Triboniani, non Ulpiani; quod ſi diceret ſolum, nihil eſſet, quo valde ei refragaremur; Nam, *competenti cautela*, vix eſt ut locutio ſit Ulpiano conveniens aut veteribus uſitata. Etſi an *cautelâ* minus pro illo tempore ferri poſſit, quam Tutela, vel curatela, non dixerim; Et quod de tempore poſt condemnationem reis indulto ſubjicitur, æque ad juſtos dies XXX. qui reis olim dabantur, quam ad quadrimeſtres inducias in *l. ult. C. de uſur. rei judic.* referri poſſit. Verum ſi maximè hæc à Triboniano adjecta ſint, quid in eo criminis admiſſum ſit quod hùnc locum flexerit ad uſum temporis Juſtinianæ, in quam poteſtatem, imo quod mandatum acceperat, ut ex Conſtitutione Juſtiniani huic operi præfixa liquet, non animadverto. Cum enim debitori, qui ſtatim tenetur, aliquod laxamentum temporis negari non poſſit *l. 105. d. Solut.* ecquid in eo eſt vitii, quod idem tempus indulgeatur reo confeſſo nec recuſanti ſolvere (id hic eſt *parato*), quod reis condemnatis à lege datur. Nihil eſt uſitatius in Foris hodiernis, etſi tempus judicati faciendi lege Romana conceſſum non ſervetur, reis tamen non negantibus concedere tempus (in noſtro foro bimeſtre ſolet indulgeri) ad faciendam ſolutionem; idque ſine cautione plerumque, diſſolutius quam in *hac l. 21.* præſcriptum eſt. Quæ Faber argutatur ad demonſtrandam Triboniani imperitiam & ineptiam, ſi eſſent talia; quæ per rationem à nobis expoſitam non ultro laberentur, ſingula recenſerem atque refellerem. Actum agere non ſuſtineo.

Paulus Lib. XVII. ad Plautium.

Si paterfamilias mortuus eſſet, relicto uno filio, & uxore prægnate: non rectè filius à debitoribus partem dimidiam crediti petere poteſt, quamvis poſtea unus filius natus ſit: quia poterant plures naſci: cum per rerum naturam certum fuerit, unum naſci. Sed Sabinus, Caſſius, partem quartam peti debuiſſe: quia incertum eſſet, an tres naſcerentur: nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa eſſent, cum futura utique fierent; ſed noſtram inſcientiam aſpici debere. l. 28. §. 5. d. Judic.

G g. 1. Quod

1. Quod Paulus hic ſcribit; *In rerum natura omnia certa eſſe, cum futura utique fiant.* Hanc ait Faber *eſſe Stoicorum aliorumque Ethnicorum poſitionem, qui in res humanas fati neceſſitatem inducebant, quam Religionis noſtræ ſanctitas execratur, quæ futurorum omnium contingentiam ad ſolius Dei Opt. Max. voluntatem & providentiam refert.* An opus ſit in Arte populari, qualis eſt Juriſprudentia, hiſce verbis adſcribere tam profundum impietatis ſenſum, nondum apud me conſtitui. Quæſtio hujus loci non eſt obſcura. Paterfamilias deceſſit relicto filio & uxore prægnante. Filius heres eſt patris ipſo jure & incontinenti *l.* 14. *d. Suis & legit. hered.* Venter etiam eſt heres; Hunc igitur pro coherede agnoſcit; Et vult petere à debitoribus hereditariis partem dimidiam, alteram partem ventri relinquens. Sed opponitur, poſſent plures naſci; Naſcituris pluribus ita præjudicium fiet. Replicat filius; plerumque ſinguli naſcuntur, & cum ex eventu conſtiterit, unum in utero fuiſſe, mihi facta apparebit injuria, cum per rerum naturam certum fuerit quod evenit, nec aliter fieri potuerit, quam factum eſt. Hoc quidem Paulus concedit; attamen ante eventum conſiderari non potuiſſe contendit, quia homines inter ſe, non ex arcanis naturæ latentibus in ſuis ſeminibus, ſed ex ſua inſcientia colligere & reſpondere debeant. Quod potius naturam quam divinam providentiam dixerit, non magis reprehendi poteſt; quam quod Cicero Legem naturæ dixit eſſe, *Rationem ſummam inſitam à Naturâ;* Imo, ajunt, ab Auctore naturæ Deo. Fiat, nec Cicero negat. In eodem *lib.* 1. *de LL.* Legem naturæ vocat cœleſtem deſcriptionem, mentemque divinam, imo præpotentem Deum. Et in *lib. ſequ. Ratio eſt recta*, inquit, *ſummi Jovis;* Alioqui definitio Juſtinianæa Juris naturæ hoc etiam nomine reprehendi debuit; quod *Natura omnia animalia docuit.* Providentia divina naturam libere determinat & nexus cauſarum pro ſuo placito præſcribit. Et ſecundum hoc præſcriptum natura neceſſario producit effectus, qui nec aliter quam eveniunt, habere ſe poſſunt. Ajunt quidem veteres Juriſconſultos Stoicæ fuiſſe addictos ſectæ. Sed hæc verba ſecundum mentem Juſtiniani, quem ſenſum ferant τῇ αὐτοῦ γνώμῃ, ut ipſe loquitur, id hic loci examinandum eſt. Nec ita videtur æquo lectori cauſa offenſionis eſſe neceſſaria. Cæterum de ipſo hujus loci Quæſito, pro qua parte filius, utero incerto, ſe pro herede gerere poſſit, locus erit commodior ad *l.* 3. *Si pars Hered. pet.*

Ulpianus Lib. 1. de Off. Conſulis.

Si judex, cui certa tempora præſtituta erant, deceſſerit, & alius in locum ejus datus fuerit, tanta ex integro tempora in perſona ejus præſtituta intelligimus: quamvis Magiſtratus nominatim hoc in ſequentis datione non expreſſerit: ita tamen, ut legitimum tempus non excedant, l. 32. *d. Judic.*

1. Quodnam eſt illud tempus legitimum judiciis finiendis præſcriptum Ulpiani tempore? Nullum, quod uſpiam conſtet. In criminalibus annum fuiſſe præſtitutum Cujacius ex *L. reus* 7. *Mun. & hon.* colligit in *l.* 1. *Obſ.* 8. & 17. *c.* 23. De civilibus cauſis, quas Ulpianus hic intelligit, nihil ejuſmodi proditum. Primus, quod conſtet, Juſtinianus triennium definivit in *l. properandum* 13. *C. h. t.* ubi Giphanius. Unde Tribonianus id huic loco inſeruiſſe videtur. Quam tamen ejuſmo-

Digitized by Google

juſmodi emblemata ſint incommoda, patet ex eo, quod judicii Vir exactiſſimi Jacobus Ræardus 4. *Var.* 14. hinc & aliunde colligit, Tribonianum in *d. l.* 13. male narraſſe; Iuſtinianum fuiſſe primum illius præſtituti temporis auctorem; Antehac etiam fuiſſe triennium litibus finiendis civilibus præfinitum. *Hoc jure ante Juſtinianum*, ait, *uſos fuiſſe cives Romanos, omneſque populos, qui ſub Romano degebant Imperio, teſtis evidentiſſimus eſt Sidonius Appollinaris Epiſt. lib.* 8. Verba Sidonii; *Per id ipſum fere tempus, ut decemviraliter loquar, Lex de præſcriptione triennii fuerat proquiritata. Cujus peremptoriis abolita rubricis, lis omnis in ſextum tracta quinquennium terminabatur. Hanc intra Gallias ante neſcitam, primus, quem loquimur, orator indidit proſecutionibus, edidit tribunalibus, prodidit partibus, addidit titulis, frequente conventu, raro cedente, paucis ſententiis, multis laudibus.* Hæc Sidonius Apollinaris, *addit Ræardus*, qui vixit ſub Anthemio, Leone & Zenone Imperatoribus, haud multo ante Iuſtinianum tempore. Imo, jam olim illud triennium in uſu fuerat & duraverat uſque ad Zenonem, qui fuit Anteceſſor Iuſtini, Patris & Anteceſſoris Juſtiniani, quo effugium eripit Triboniano, quaſi jus obſoletum Iuſtinanus in uſum reduxiſſet.

2. Non poſſum ſatis mirari, quid faciant homines Doctiſſimi de Triboniano æque doctiſſimo, ſi credimus inimicis ejus Procopio & Suidæ. Scripſit, Imperatorem ſuum eſſe auctorem illius triennii primum, quod jam olim uſque ad exitum Zenonis, qui decennio anteceſſit Juſtinianum, in uſu promiſcuo civium Romanorum fuerit: Quæ major eſſe poteſt, imperitia non dicam; quia non potuit ignorare Tribonianus rem notiſſimam; ſed impudentia & ſtultitia; quod legem condiderit per orbem terrarum publicandam, quâ ſe novam rem ſancire prædicaret, quâ nihil jam pridem fuerat notius? Sed bene habet hic Eunomia; Rævardum ipſum erraſſe, jam Cujacius in *l. 9. obſ.* 24. animadvertit; Sidonium agere de præſcriptione XXX. annorum, quæ lites omnes *ſexto quinquennio*, id eſt, annis 30, ut Sidonius ipſe in iiſdem verbis loquitur, terminabat, ex Nov. 30. Theodoſii & Valentiani; Quare pro *triennii* apud Sidonium ſine omni dubio legendum *tricennii*. Nihil igitur aliud cenſuræ ad hunc locum ſupereſt, quam quod Tribonianus, ſententiam L. *properandum* Juſtinianeæ ſanctionis, adſcripſerit Ulpiano; quod dare cauſam obſcuritati, & abſque nota poſitum, intricare Lectorem, id quidem fatemur.

Ulpianus Lib. III. Quæſt.

Cum furioſus judex addicitur, non ideo minus judicium erit, quod hodie non poteſt judicare; ut ſcilicet ſuæ mentis effectus, quod ſententiæ dixerit, ratum ſit: Neque enim in addicendo præſentia vel ſcientia judicis neceſſaria eſt. l. 39. d. Judic.

1. Iudex à Prætore dicebatur *addici*, quando poſt in jus vocationem, actionis editionem, ex conventione litigantium, nominabatur, eique formula præſcribebatur, cui *addictus* & adſtrictus erat, ad quam rem ipſius judicis præſente conſenſu non erat opus. Idcirco furioſum addici judicem, non viſum eſt abſurdum Papiniano, ſecus ac Autumno, qui *ad utilitatis & æquitatis rationem* id hodier-

Digitized by Google

nis moribus eſſe correctum ſcribit ad *h. l.* 39. Nec probat morem Romanum, etſi de judice pedaneo datoque ad certam cauſam textus intelligatur. Putat etiam hanc Papiniani ſententiam ab ejus Adſeſſore Paulo eſſe improbatam *in l. 46. h. t.* ubi, *Judex datus*, inquit, *in eodem officio permanet, licet furere cæperit: quia recte ab initio judex addictus eſt. Sed judicandi neceſſitatem morbus ſonticus remittit*; *ergo mutari debet.*

1. Sed hoc eſſe Papiniano contrarium mihi quidem non videtur; Interpretationem inde capere illius reſponſum, id equidem intelligo. Furioſus poteſt dari judex, quia ſperatur ἀνανήψειν, *ad ſanam mentem rediturus*, ut ait Theophilus *ad §. 2. Inſt. Qui teſtam. Tut.* Ubi furioſus etiam tutor dari poteſt, quia furor eſt intemperies brevi ſæpe tranſiens, & tum, quod ſanæ mentis factus pronuntiavit, quominus valeat, nulla ratio vetat, Si vero in furore perſeveret, mutandum eſſe judicem res ipſa loquitur, nec id Papinianus recuſet. Prorſus ut de Tutela ſcriptum eſt in *d.* §. 2. Furioſum Tutorem quidem recte dari; ſed Tutorem tum, cum ſanæ mentis factus erit, aliter nequaquam, futurum. Moribus hodiernis cum judices plerique ſint etiam Magiſtratus, furioſum non addici judicem, merito quis exiſtimaverit. Niſi quis ita putet, Furioſum in hac lege, nonniſi ex rapida vi morbi furore temporario laborantem intelligi. Nam qui pravam furoris diſpoſitionem contraxerit, hunc ne quidem pedanei judicis officio rectè admoveri, Veteres ipſos haud ignoraſſe, conſentaneum eſt.

Julianus Lib. XXXVI. Digeſtor:

Si Prætor juſſerit eum, à quo debitum petebatur, adeſſe, &, ordine edictorum peracto, pronunciaverit abſentem debere: non utique judex, qui de judicato cognoſcit debet de prætoris ſententia cognoſcere: alioquin luſoria erunt hujuſmodi edicta, & decreta prætorum. Marcellus notat: Si per dolum ſciens falſò aliquid allegabit, & hoc modo conſecutum eum ſententia prætoris liquidò fuerit adprobatum: exiſtimo debere judicem, querellam rei admittere. Paulus notat: Si autem morbo impeditus, aut reipublicæ cauſa avocatus, adeſſe non potuit reus: puto vel actionem judicati eo caſu in eum denegandam, vel eum ſequi prætorem ita judicatum non debere. l. 75. d. Judiciis.

1. Legem hanc totam Antonius Faber vult deletam. *Adeò falſa & inepta ſunt omnia, quæ in eo Tribonianus de ſuo ſtylo & ingenio, ſub nominibus Juliani, Marcelli & Pauli nobis obtrudit.* Illa verò deformis & nullo modo probanda fuerit ſuppoſitio. Nam etſi Imperator omnia ſua fecerit, & nomina Juriſconſultorum non niſi honoris cauſa præfigi juſſerit; Falſi tamem criminis abſolvi non poteſt, tam enorme proprii ſtyli commentum, & quaſi è Digeſtis Juliani excerptum venditare ſub ejus nomine totum & ad cumulum ſcenicæ impudentiæ, notas & limitationes duorum celebrium Juriſconſultorum addere falſas & commentitias. Quis hoc de Triboniano, quem ſaltem inimici ejus hominem doctiſſimum & callidum eſſe tradunt; quis idem de Anteceſſoribus viris graviſſimis, ab Imperatore orbis terrarum tanto operi digerendo adhibitis in animum ut credat, inducere poſſit? Cum ſcirent, in omnium juris Studioſorum manibus Iuliani Digeſta verſari,

Digitized by Google

ſari, nonne ſaltem præſens ludibrium & ſeculi Scholæque & Fori conſcientiam timuerunt? Cui denique bono ſeſe Artemque ſuam ita dehoneſtaſſent? Nihil apparet, nihil à Fabro profertur: niſi ut ſtultitiam ſuam & ineptiam gratis palam venditarent; Sed videndum ne non tam valide probetur ſubornatio, ut fruſtra eam defugiamus. Inprimis arguit Faber, quod ait Julianus à *princ. Si Prætor juſſerit eum, à quo debitum petebatur adeſſe, & ordine Edictorum peracto, pronuntiaverit, abſentem debere.* Nam Juliani temporibus non ſolebat prætor, neque pro ſua dignitate debebat, nec denique poterat, tametſi vellet pronuntiare deberi, ut dixi addit Faber ad *l. 58. h. t.* ubi tamen nihil adducit, quam notum ex Cicerone locum ad Qu. fratrem. *Quid Prætor ſolet judicare deberi?* Novimus omnes fuiſſe cauſas ordinarii juris & extraordinariæ *cognitionis*: in ordinariis datos fuiſſe judices pedaneos; In extraordinariis ipſos Prætores judicare ſolitos fuiſſe. Quid autem? hoccene Tribonianus & Anteceſſores, qui Pandectas compoſuerunt, ignorarunt? Τίνα δοκεῖς πείσειν τόδε Faber? Quis quod dupondii ſciunt conditores Artis neſciviſſe putet, ut ſi Juliano legem adfingere vellent, τὸ πιθανὸν in re tralatitiâ ſervare non potuerint? Quid ergo? Non ſolitos fuiſſe judicare Prætores & Præſides concedo; Non potuiſſe nec unquam judicaſſe nego. Cicero leges ſuas ad formam Reipubl. Romanæ mutatis mutandis formavit, ut Plato ſuas ad Atticum exemplum. Primus in *lib. 3. de LL. Juris diſceptator*, inquit, *qui privata judicet, judiciumve jubeat, prætor eſto.* Hinc etſi Prætoris nomen à judicibus plerumque ſeparatur, ſæpe tamen & Prætori judicis nomen adſcribitur *l. 1. h. t.* In *l. 81. Eod. tit.* ſic loquitur Ulpianus. *Qui neque juriſdictioni præeſt; neque à principe poteſtate aliqua præditus eſt; neque ab eo, qui jus dandorum judicum habet, datus eſt; nec ex compromiſſo ſumptus, vel ex aliqua lege comfirmatus eſt, judex eſſe non potuit.* Verba, *Judex eſſe non potuit*, ſine dubio ſignificant idem, quod *judicavit.* Poteſt igitur judicare, qui jurisdictioni præeſt, quem eſſe Prætorem nemo negat. Qui habet jurisdictionem qualis prætor, is judicare poteſt *l. 11. d. Jurisdict.* verbis. *Intra jurisdictionem judicantis*: Et mox, *circa jurisdictionem ejus, qui cognoſcit*, ubi de promiſcuis cauſis agitur. Reſtitutio in integrum non fit, niſi à Magiſtratu Populi Romani *l 26. Ad Municip.* Et tamen eſt Judex qui illam adjudicare poteſt. *l. 41. d. Minor.* Potuere igitur Prætores judicum officio fungi, aliquando etiam functos eſſe non eſt dubium. Imperatores ſane ſub jus dicendo cauſæ cognitionem & deciſionem in cauſis etiam pecuniariis comprehendiſſe paſſim in Jure noſtro liquet. Idque alios Magiſtratus ſub Imperatoribus ſæpe fuiſſe imitatos cum minus in Republica eſſent occupati, veriſimile eſt arguuntque loca modo allegata, denique & hoc ipſum Juliani reſponſum. Donec ſub Diocletiano & Maximiano res ita increbuit, ut inſtituto dandi judices pedaneos abolito Prætores ad primævum ac integrum judicandi officium redacti fuerint *l. 2. C. de pedan. judic.* Quæ lex non probat ut Faber vult, antea Magiſtratus nunquam judicaſſe. Nam verba. *Præſides de his cauſis, in quibus quod ipſi NON POSSENT cognoſcere, antehac pedaneos judices dabant*, accipienda ſunt ita, quemadmodum *inferius in eadem lege; Si vel propter occupationes publicas, vel propter cauſarum multitudinem, omnia hujuſmodi negotia non potuerint cognoſcere, judices dandi habeant poteſtatem.* Ubi verba, *non potuerint*, non ad juris, ſed ad facti impedi-

pedimentum, ut ſæpe alias, nominatim in *fin pr. I. de Codicill.* pertinet. Sed excipiet aliquis; Si Magiſtratus olim de facto tantum ob occupationes Reipubl. judicare nequiverint, de jure potuerint, nihil novi in *d. l.* 2. introductum eſſe: Cum & ibi Magiſtratus quaſi propter occupationes publicas judicare non poſſint, judices dandi licentiam habeant. Reſpondemus, olim erat mos ſolennis & jus receptum ut judices darentur à Prætoribus, qui raro cauſas ordinarii juris cognoſcebant. Hodie mos ille conſuetus eſt vetitus & jus ordinarium dandi judices abolitum eſt, exceptis caſibus impeditæ neceſſitatis. Sed plus eſt difficultatis in *hac L.* verbis; *non utique judex, qui de judicato cognoſcit, debet de Prætoris ſententia cognoſcere.* Atqui executio fuit Prætorum, qui judices dederant; *l.* 15. *in pr. d. Re Jud.* multo magis illorum fuit, ſi ipſi judicaſſent; quis igitur ille judex, cui prohibendum fuit, ne de ipſa Prætoris ſententia cognoſceret? Fuit judex ad exequendum judicatum datus, ut fieri ſolitum fuiſſe conſtat ex *d. l.* 15. §. 6. *& ſeqq. de R. Jud.* Huic facile in mentem venire potuit, Reo non audito, abſente ut *hic* condemnato, non eſſe negandam defenſionem. Quod Julianus merito præveniendum putavit: & prolixis Fabri logis in hoc articulo refellendis ſufficit. Pergit Faber; *Sed videamus jam, quæ fuerit Marcelli nota ad tam elegans, ſi Dis placet, Juliani reſponſum.* Iulianus, *Si per dolum*, inquit, *ſciens falſo aliquid allegavit, & hoc modo conſecutum eum ſententiam prætoris liquido fuerit approbatum, exiſtimo, debere judicem Querelam rei admittere.* Hæc verba, *conſecutum eum ſententiam Prætoris liquido fuerit approbatum*, adfirmat eſſe de ſtylo Triboniani; indubitato. Quod cur enixè negem, non habeo. Nec enim, ut hunc integras leges & trium Iuriſconſultorum nomina commentum fuiſſe, negamus; ita nihil de ſuo calamo, addidiſſe, non contendimus. Agnoſcimus ejus emblemata; Falſorum partuum integras imo nefarias ſuppoſitiones, qualis hæc foret, nondum adducti ſumus, ut concedere neceſſe fuerit. Si hæc verba adjecerit, explicandi illa, non ſupponendi cauſa adjecit. Idem enim ſenſus conſtat in reliquis; *Si per dolum ſciens aliquid allegavit, exiſtimo, debere judicem querelam rei admittere.* Cur autem hoc Iuris rationi ſit adverſum, ut is quis abſens damnatus eſt inauditus, poſt ſententiam adhuc audiatur, ſi actor per calumnias & allegata falſa judicatum impetraſſe demonſtretur, nihil profert etſi in eo ſit Faber. Opus eſſe in integrum reſtitutione contendit. At cum res adhuc integra cis executionem ſubſiſtat, in integrum reſtitutio hoc caſu non videtur eſſe neceſſaria. Ultimam Pauli notam Faber æque vituperat ac inridet, etſi nihil ea ſit æquius; Ut, ſi conſtet, reum non per contumaciam, ſed per abſentiam Reipubl. cauſa vel morbum adeſſe non potuiſſe, non procedat executio. Ait Faber, appellandum eſſe *l. ult. d. in Inſt. reſt. l.* 73. §. *ult. d. Jud.* Quid autem ſi tempus interponendi appellationem, per eaſdem neceſſarii impedimenti cauſas effluxerit; nonne tamen æquum eſt, Prætorem vel ipſum, executionem negare vel pati judicem Executionis eâ de re cognoſcere? Quod porro idem argutatur, abſurde hic dici, *actionem judicati denegandam*, cum judice ad exequendum dato, jam certiſſime mutatata fuerit actio rei judicatæ; eſt captio: Cum enim notat Paulus, In Abſentem condemnatum ſi morbo vel Reipubl. cauſa impeditus fuerit, denegandam eſſe judicati actionem, idoneum tempus ſupponit, quo needum datus ſit executionis judex; At in caſum diverſæ hypotheſios, executionis judi-

cio

cio jam inchoato, ſubjecta ſunt ultima verba, de judicato à Prætore non exequendo: *Concludamus igitur*, verſâ Fabri cenſura, *nihil in tota hac lege eſſe, quod juris rationi* repugnet, *nihil quod æquitati.* Sed utilem eſſe hujus loci obſervationem, quam poſt alios adſtruit Brunnemannus *ad h. l.*

Alfenus Lib. VI. Digeſtor.

Quodſiquis putaret, partibus commutatis aliam rem fieri; fore ut ex ejus ratione nos ipſi non iidem eſſemus, qui abhinc anno fuiſſemus: propterea, quod ut philoſophi dicerent, ex quibus particulis minimis conſiſteremus, hæ cottidie ex noſtro corpore decederent, aliæque extrinſecus in earum locum accederent, l. 76. ſub fin. d. Judic.

1. Quid hoc argumenti in Arte populari, quo ſimplices liquidæque poſitiones ad abſurdum citius quam ad veri fidem adducantur? Theſis eſt; Rem per partes mutatam manere tamen eandem. Id variis probatur exemplorum inſtantiis. Eſt eadem Curia Iudicum, & ſi omnes mutati ſint judices. Eadem legio, militibus etſi pluribus aut omnibus aliis ſublectis. Populum eundem putari, qui ab hinc annis centum fuiſſet. Navem eſſe eandem, etſi toties refecta ſit, ut nulla in ea non extet nova pars. Bene eſt, ſat habemus exemplorum: Subjicit tamen aliud; Homo eſt idem, qui ante annum fuit, etſi nulla in eo jam ſit particula, quæ ante annum fuit. Papæ novatores philoſophi, an nugatores ait vir Doctus in re ſimili. Quis credat IurisCtus, aut de populo, cui jus redditur, quisquam, non eſſe particulam in ſe ullam hodie quæ fuit ab hinc anno? Iuris quidam Studioſus qui & philoſophiæ operam dederat, in diſputatione quadam ſua poſuerat, ignem non eſſe calidum, nec glaciem frigidam, nec candidam nivem, neque ferrum eſſe durum aliaque philoſophematum paradoxa; quæ diſputatio, ut tunc erat ſecta Academiæ noſtræ, prohibita fuerat: monui illum ſeriò, ſi Iuris conſultus fieri vellet, ejusmodi paradoxis in publico ſaltem abſtineret. Alium in convivio talia inculcantem, ab agnatis memini rogatum, & gentilibus, ni vellet ex L. XII. tabularum ad ipſos ablegari, taceret & philoſophus maneret. Alfenus è Sutore factus eſt Iuris-Conſultus. Noverat dictum, Ne Sutor ultra crepidam. Meminiſſet etiam Tulliani dicti, Iuris conditores, quatenus manu res tenere poſſunt, ratiocinari, non in atomos Epicuri & puteum Democriti penetrare.

2. Sat equidem cenſuræ! mereretur eam Alfenus, ſi theſin juris, *mutatione particulari rem non deſinere eſſe eandem*, hoc ſolo exemplo probaſſet. Cum problema ſuum perſpicue demonſtraſſet, addidit ex intima philoſophia exemplum, quod ſi mutarentur homines, theſin tamen non amitterent tot indubitatis illuſtratam inſtantiis. Quærerent Lectores & diſcerent, ut inopinam ſic indubiam rem; eſſe hominem ἀεὶ γινόμενον, ἀεὶ ἀπολλύμενον, ſemper augeri ſemper minui, naſci & interire ſemper, in fluxu eſſe perpetuo. Si quis anni ſpatium nimis ad abſolvendum hunc fluxum putet eſſe anguſtum, ſtaticæ Artis magiſtros conſulat; aliquanto brevius hi computabunt.

3. Rurſus aliquis dicat; nec pro philoſopho ſatis exactè Alfenus. Hominem ita in fluxu eſſe docet, quod de parte ejus nobiliore falſum ſit; Corpus humanum,

num, hominem dicere, graviores philoſophi Socrates, Plato aliique refugerunt. Hoc credo non objicent qui mentem nihil aliud quàm cogitationem eſſe volunt nec patiuntur ſubſtantiam cogitantem; ſi tu quicquam aliud ea circumlocutione quam actum cogitandi intelligas, Mentem dici. Quippe cogitatio vere, naſcitur & perit adſiduo. Sed ego Alphenum hac parte Juriſconſultum egiſſe, & populariter Hominem, quod de homine conſpicitur, appellaſſe puto. Si placet mittamus rem, Eunomiæ, cujus parum hactenus intereſt, captum & limites excedentem.

Africanus Lib. III. Quæſtion.

In privatis negotiis pater filium, vel filius Patrem judicem habere poteſt l. 77. d. Judic.

1. Etſi rarus lector probet libros, ad quos intelligendos aliis opus eſt libris, ut tamen de iniquitate hujus loci pluribus agam, poſt ea, quæ in *Prælect. ad h. tit.* n. 8. dicta ſunt, imperare mihi non poſſum. Dictum ibi, quam variè Interpretes hujus loci duritiam mitigare inſtituant. Cujacius ita; Filius patrem & viceverſâ hic illum, judicem habere *poteſt*, non *debet*. Probavimus hanc non ſufficere captionem. Diſtinctionem inter judicare & jus dicere, qua concilientur hæc & *Lex* 10. *d. Juriſdict.* refutavimus. Hanc etiam, poſſe patrem eſſe judicem in causâ filii privatâ, non publicâ. Adhuc aliam diſtinctionem, inter voluntariam & contentioſam juriſdictionem, quæ eſt Hotomanni, Coraſii, Gotofredi, refellimus. Denique, eos qui Antinomiam ſtatuunt inter hanc *l.* 77. & *l.* 10. *d. Juriſd.* quæ negat, Patrem in cauſa filii jus dicere poſſe, non levare Cenſuræ notam, quin hoc ſaltem Africani reſponſum ſit iniquum, facile conſtat. Noſtra ſolutio fuit hæc; poſſunt Pater & Filius cauſis invicem ſuis eſſe judices, ſi conſentiat adverſarius, quam ut pluribus in *d. loco* adſtruximus, ita Cenſuræ, ſi vera ſit, abſolvendæ eam ſufficere palam eſt.

Ulpianus Lib. XVI. ad Edictum.

Omnibus tam parentibus quam liberis de inofficioſo licet diſputare. Cognati enim proprii, qui ſunt ultra fratrem, melius facerent, ſi ſe ſumptibus inanibus non vexarent, cum obtinere ſpem non haberent. l. 1. d. Inoff. teſtam.

1. Bene eſt, quod Juris-Conſultus monet Cives, ne temere litigent; quod ſi Advocati omnes imitarentur, minus multi judicia, experti, deteſtarentur. Sed quod proprii cognati poſt fratrem omnes à Querela inofficioſi teſtamenti excluduntur, ita ut libere è ſucceſſione bonorum excludi poſſint, id multis perperam ſe habere videtur: nec legum conditores neque privatos ſatis recte conſulere, quod extraneos propriis cognatis præferunt & præferri patiuntur, idque ab hominibus ſæpe in extremis agentibus, quando mente non minus quam corpore laborant. *Δυσάρεστοι οἱ νοσοῦντες*, *moroſi ægrotantes*, apud Euripidem. Plato,

Digitized by Google

Plato, *ἀνοήτως καὶ διατεθρυμμένως τινὰ τρόπον ἔχομεν οἱ πλεῖστοι, ὅτ' ἤδη μέλλειν ἡγώμεθα τελευτᾶν. Stulte quodammodo & perverſè plerique affecti ſumus, quando m.rti nos propinquos arbitramur, lib.* XI. *de Legib.* Quin jus Naturæ propriis cognatis addicere hereditatem, eoſque ſine merito juſtæ cauſæ & illæsa animi conſcientia exheredari non poſſe, multi exiſtimarunt, interque eos Bernardus Suiholtius, quo nemo forte meliore judicio philoſophiam jurisprudentiæ applicuit, in *Differt.* XI. *coroll.* I. A quâ ſententia non abhorret parœmia popularis vernacula, quam rogo, ut ſine Lectoris offensa adjungere liceat:

Die zalig wil ſterven
Moet laten vererven/
Aen 't naeſte bloedt
Zijn tyd'lijk goedt:

Non eſſe autem ſpernenda ejuſmodi parœmiarum judicia, ut potè communi conſcientia fere deſumpta, cum res tum exactiſſimi Vir judicii Antonius Matthæus, filius, qui plures ejuſmodi Belgarum parœmias erudito tractatu perſecutus eſt, teſtari poſſunt. Nec eadem ratio fugit plures gentium Legiſlatores, qui infinitam prope teſtandi licentiam, quam Solon Athenienſibus immodicæ libertatis amatoribus ignoratam prius, eorumque exemplo Decem-Viri Romanis æque libertatis amantibus indulſerunt, reſtringendam putarunt, ut ſaltem res immobiles patrias & avitas à propriis cognatis alienare non poſſint; quod jus in propinquo viciniæ, apud Groningenſes, Drentinos & Tranſiſulanos alibique in viridi eſt obſervantia, fuitque olim apud Hebræos qui jus ſuccedendi in res ſoli, arbitratu ſuo mutare non potuerunt; *Num.* 27. & *ult.* cum jus Romanum nihil excipiat; neque cognatis ultrà fratres quicquam juris in ulla parte bonorum contra Teſtamentum tribuat, nec quidem fratribus, niſi perſona turpis heres in teſtamento ſcripta ſit; quod tamen rarò uſu venit, ut parum abſit, quin etiam fratres atque ſorores, ſine cauſâ, teſtamento præteriri vel exheredari poſſe videantur; nec unquam illis querelam cum effectu dari, mihi quidem videre contigerit.

2. Sed bene habet diſtinctio Juris Naturalis in præcipiens & Suadens. Præceptum eſſe Juris Naturæ neceſſarium, ut paterfamilias bona, quorum plenum habet dominium, & quorum Jure Gentium, quod ex naturali ratione profluxit, liber eſt arbiter & moderator, conſanguineis ſuis relinquere cogatur; non uxorem, non amicos, benemeritos & egenos, aut quibus ipſe mero liberalitatis affectu bene cupit, augere & honorare poſſit, nemo dixit; neque Deus, qui nullum ex neceſſatiis naturæ præceptis in ſua Lege præteriiſſe videtur, ita ſancivit; etſi bonorum immobilium in tribubus conſervandorum rationem maximam habuerit *d. c. ult. Num. & Levit. c.* 25. Sed hoc eſt mere politicum ad alias gentes non pertinens. Suadendi argumenta naturali ratione pro Cognatis ſuggeri probabilia, non poteſt negari: ſed an ea tam valida ſint, ut ſi aliter conſulatur, peccatum ſit, non æque eſt expeditum. Nec enim quicquid cum melioribus comparatum laudabile non eſt, ſtatim pro peccato habendum, ſed mul-

Digitized by Google

ta Deus laudabilia, non neceſſaria, convertit in neceſſitatem, & hanc copioſiſſimam Legiſlatori propoſitam eſſe materiam, omnium ſcita legeſque gentium docent, & tum quod laudabile non eſt, fit ἀνομία, *peccatum*. Quandiu lex divina vel civilis hac parte nihil præſcripſit, manet libertas ἀδιαφορίας, quæ Legiſlatori debet eſſe ob oculos; ne quid juri privatorum dominioque ſine gravi cauſa præjudicetur. Hæc autem res infinitis caſibus & cauſis, ita variè comparata eſt, ut lex in univerſum cognatos extraneis præferre non poſſit, & conſervatio decuſque familiarum, quatenus hæc res conſervationi bonorum in familiis implicita ſit, politici eſt arbitramenti. Sed Viro bono & Chriſtiano τὸ εὔσχημον καὶ εὐπρεπὲς, decor honeſtatis & quod bene ſedeat, etiam cordi eſſe debet; ac ideò cognationis ratio & amor, ita illi ante oculos verſetur, oportet, ut tamen affectui conjugali, amicitiæ, gratitudini & reſpectui meritorum, & paupertatis aliarumque rerum nihil derogetur. Quod cum lex in infinitum patens determinare non poſſit, rectè conſultum eſt Jure Romano, quod officia privatorum à ſanctione publicâ ſeparavit, nec ultra liberos, Parentes & certo caſu fratres, vim præcipiendi explicandam putavit.

Martian. Lib. VI. Inſtitution.

Hoc colore de inofficioſo teſtamento agitur, quaſi non ſanæ mentis fuerint, ut teſtamentum ordinarent, & hoc dicitur, non quaſi vere furioſus, vel demens teſtatus ſit: ſed rectè quidem fecit teſtamentum, ſed non ex officio pietatis; nam ſi vere furioſus eſſet, vel demens, nullum eſt teſtamentum l. 2. d. Inoff. Teſtam.

1. Filius movens querelam inofficioſi teſtamenti, audacter præ ſe ferre jubetur & adfirmare, Patrem, qui ipſum exheredavit, fuiſſe furioſum vel dementem, quo ſcilicet honori paternæ memoriæ conſulat; etſi verum & certum ſit, Patrem ad extremum uſque ſuæ & ſanæ mentis fuiſſe quam maximè. Primo quidem, non immerito quærat aliquis, ecquod honoris & reverentiæ genus hoc ſit; quod filius falsò adfirmat, Patrem fuiſſe furioſum, qui bene & validè ſapuit. Reſpondetur, eum qui dicit apertè Teſtamentum inofficioſum, reverà patrem impietatis & ἀστοργίας, quod eſt vitium contra naturam, accuſare; qui vero dicit, furioſum fuiſſe, nihil quam morbi vim & fortunæ injuriam arguit. Bene igitur, cum aliter res facultatem honoris non haberet, inſtituit hac oratione filius erga Patris memoriam. *At, inquam* (ita redarguit hunc juris colorem D. Ant. Matthæus *diſp. 7. fundam. jur. th. 23.* verbis graviſſimis Servatoris noſtri) *ſermo veſter ſit, Ita, Ita; Non, non.* Quibus addi poſſunt omnia loca, de falſiloquio in ſacris; cujuſmodi argumenta ſemper habenda ſunt in pretio & valore maximo

2. Sed ego aliter in animum inducere non poſſum, quam falſiloquium eſſe peccatum unice repugnans ſecundæ tabulæ Legis Dei *cap. IX.* nec ideo malum eſſe, niſi lædat charitatem & jus proximi. Quod fit non modo, ſi ut inſtrumentum damni fraudulenti adhibeatur, ſed etiam eo, quod non tribuit cuique ſuum in commercio ſermonis, quem Deus hominibus, ut cogitationes ſuas invicem communi-

Digitized by Google

municarent, largitus eſt; & quem alius alii recto & intelligibili ſenſu, ex inſtituto generis humani præceptoque Creatoris & Gubernatoris hujus mundi, tribuere debet. Hoc ipſum indicat Paulus Apoſtolus ap Epheſios ſcribens: Ἀποθέμενοι τὸ ψεῦδος, λαλεῖτε ἀλήθειαν, ἕκαστος μετὰ τοῦ πλησίον αὐτοῦ, ὅτι ἐσμὲν ἀλλήλων μέλη. *Abdicato mendacio loquimini quod verum eſt, ſinguli cum proximo ſuo, quia membra ſumus ejuſdem corporis cap.* 4. v. 25. ſive ut Florentinus, quia natura cognationem quandam inter homines conſtituit *l.* 3. *d. Juſt. & J.* Repugnantiam, quæ fit in diſcrepantiâ λόγου ἐνδιαθέτου καὶ προφορικοῦ, *Rationis & orationis*, cum natura Dei, interiorem magiſve neceſſariam eſſe, quam ſit in adulterio, furto vel homicidio, Deumque minus poſſe diſpenſare de veriloquio quam de Injuſtitia, de aliena re aut uxore non vitianda, de ſanguine innocenti non effundendo, fateor, etſi inculcatum, me non percipere intellectu vel judicio. Pluribus hac de re diximus in *lib.* 2. *de Jur. Civit. ſect.* VI. *cap.* 2. Secundum quæ, cum filius exheredatus adfirmat rem à veritate facti alienam, lege jubente, conſcio adverſario, dici nec poteſt id agere, ut damno mactet adverſarium doloſo; nec commercium ſermonis ipſi magis intervertit, quam ſi fabellam comparationis intelligenti narret; quibus nec os benedictum Servatoris noſtri apud rudes auditores ſuos abſtinuiſſe novimus. Ergo cenſura, ſine noxa, quomodo adhuc eſt, tranſeat. Plura vide ſis *in Prælect. ad h. tit. n.* 4. quæ licet huc pertinentia non repetimus.

Ulpianus Lib. XIV. ad Edict.

Sed nec impuberis filii mater inofficioſum teſtamentum dicit; quia Pater ei hoc fecit. Ac ita Papinianus reſpondit; nec Patris frater, quia filii teſtamentum eſt: Ergo nec fratris impuberis, ſi Patris non dixit l. 8. §. 5. d. Inoff. teſtam.

1. Pater filio impuberi, quem habet in poteſtate, ſcribere poteſt heredem, non modo proximum filio, ſed quemlibet, nec modo in bonis ab ipſo ad filium profecturis, ſed etiam in bonis filii adventitiis, ut ex *tit. Inſt. & Pandect. de Subſtitutione pupillari*, conſtat. Ergo matrem filii, ſuam uxorem præterire & à filii hereditate poſt mortem ſuam excludere poteſt, ut ne quidem legitimam portionem ei relinquat, neque mater de teſtamento inofficioſo queri poteſt. Idque ampliandum eſt, etſi perſona turpis à Patre, veluti concubina ſua, heres inſtituta ſit; quia dicitur, ne fratres quidem vel pueri vel Patris excluſos queri poſſe, cum his querela, nonniſi turpi ſcripto herede, conveniat *l.* 27. *C. h. t.*

2. Hoc eſſe *incongruum pietati* non immerito adfirmare videtur Autumnus in *Cenſur. Gall. ad h. l.* argumento ejus, quod ipſe Papinianus, laudator hujus ſententiæ ſcribit in *pr. l.* 15. *h. t.* Nam, *etſi parentibus*, inquit, *non debetur filiorum hereditas, propter votum Parentium & naturalem erga filios caritatem, turbato tamen ordine mortalitatis, non minus Parentibus quam liberis PIE relinqui debet.* Neceſſitas juris naturæ propriè incumbit parentibus erga liberos, quia quos in mundo procrearunt, hos, ut in eo conſiſtere poſſint, curare debent; accedente eorum voluntate votoque τοῦ θησαυρίζειν τοῖς τέκνοις, quod ſtudium non æque in liberis ſurſum erga Parentes natura collocavit. Si tamen *ordine mortalitatis turbato*

(quæ verba Papiniano hic uſurpata, Parentes ei ſuperſtites, HEU! ſic eſt in epitaphio, filii monumento inſculpſerunt) parentes liberis ſuperſtites fuerint, tanta vis pietatis merito à Legiſlatore liberis imputata fuit, ut eorum bona parentibus, ſalva pietate, non poſſe negari judicaverit. Sed in noſtra *lege* 8. §. 5. mater à filii hereditate excluſa, nullam habet actionem, nec quidem legitimæ petitionem, quam non dari his, quibus inofficioſi querela negatur, ut hic fit, tralatitii Juris eſt. Ratio, quæ Papinianum & Ulpianum movit, videtur eſſe juris captatorii; *quia Pater filio teſtamentum fecerit.* Nam ſi factum eſſet ab ipſo, non dubitaretur, quin ſcilicet, matri querela competiiſſet. Hoc quid eſt, quam matri jus ſuum intervertere per calumniam, *κακουργίαν νομικὴν*? Quin ſi maxime hæc ratio conſiſtat, hereditas filii vel ſaltem legitima, *non ex teſtamento debetur*, ait Autumnus, *ſed ex jure naturæ*, quod ut liberos cogit alere parentes, ita poſt mortem iis ſaltem ex parte, vult, ut conſulere debeant, neque juris civilis commento ut hic fit, eludi poteſt aut debet, *d. l. 15. pr. & Nov. 18. in pr.*

3. Secundum hanc æquitatis ſententiam, Senatum Pariſienſem judicaſſe, die VIII. *Junii anno* MDLXVI. ipſe teſtatur: ut tamen à Senatu Burdegalenſi, ex rigore juris ſcripti, poſt ancipitem diſputationem, contra matrem judicatum eſſe fateatur. Ipſe quidem Lutetianæ auctoritatis decretum cenſet eſſe præferendum, *ne mater*, ait, *inhumane à liberorum ſucceſſione expellatur, fruſtra quidem pariens, fruſtra ſimul & nutriens, propter ſecundas tabulas*, id eſt, prætextu ſubſtitutionis pupillaris & patriæ poteſtatis, *ſubjecta pœnis, ſuccedentibus aliis, qui ex longa cognatione* filio ſint conjuncti, vel etiam plane extraneis; imo, quod ex hujus textus hypotheſi ſupponendum eſſe diximus, etiam turpi herede ſcripto, quo caſu fratres, ad quos hujus legis odium extenditur, in terminis querelæ movendæ ſolummodo conſtitui, notum eſt è citata *l. 27. C. h. t.*

4. Difficilem explicitu hunc eſſe nodum, illis, qui non auctoritatis Imperatoriæ gladio, ſed æqui & boni rationibus, quemadmodum hujus inſtituti ratio poſtulat, uti ſe velle profitentur, fatendum eſt. Sed videamus; Primo omnium Subſtitutionem pupillarem, quâ Pater de bonis filii ſui impuberis, qui ipſe teſtamentum condere non poteſt, haud ſecus ac de propriis ſuis bonis, diſponendi facultatem habet, hanc eſſe rectæ rationi, nedum Juri Naturæ contrariam, neminem fore puto, qui ſerio contendat. Quid enim iniqui eſt in eo, quod lex invenit viam, quâ civis & dominus rerum ſuarum, qualis ille filius impubes poſt obitum Patris futurus eſt, inteſtatus ne moriatur, & quam ipſe diſpoſitionem facere non poteſt, hanc is qui omnes ejus actiones regit, inſtituat? Porrò Id etiam nemo non recte ſe habere fatebitur, Querelam inofficioſi teſtamenti eſſe accuſationem judicii, quo teſtamenti conditor, impietatis reum ſe fecit adverſus eum eamve, quem vel quam præteriit aut exheredavit, nec eſſe rationis, ut, cui Teſtator ejuſmodi pietatis officio non fuit obſtrictus, huic Querelæ cauſa contra Teſtatoris judicium detur. His igitur duabus poſitionibus extra Cenſuræ cauſam collocatis, ultrò ſequitur, nec aliter ab interpretibus Artis, quæ duas poſitiones illas receperat, colligi potuit, quam matrem pueri non habere Querelam adverſus Teſtamentum ab ejus Patre factum. Judicium filii, cujus impietatem accuſare poterat, nullum eſt editum; contra Mariti judicium uxor non ha-

Digitized by Google

ber aQerelam, Pater jure jure ſuo de bonis filii teſtatus eſt. Non potuerunt JurisConſulti producere Inofficioſi remedium extra terminos illi à Lege præſcriptos, ut uxori id darent adverſus ſupremum Mariti ſui judicium; quo nihil à jure, non modo civili, ſed etiam naturali, quod eam non vocat ad ſucceſſionem mariti, fuiſſet alienius.

§. 5. Hinc ad objectiones non eſt difficile reſpondere. Prima ſit; *Quod jus matri adverſus Teſtamentum filii competebat*, hoc ei, *à Patre filio ſuo teſtamentum ordinante*, *non potuit eripi*. Sed *non entis* ajebant in ſcholis, *nullæ ſunt affectiones*. Filii nullum eſt, nec eſſe poteſt teſtamentum; etſi de bonis filii factum ſit, nullum ejus eſt judicium, contra quod dirigitur Querela *l*. 4. *h*. *t*. Tota res è patris judicio æſtimanda venit, quod uxor, pupilli mater impugnare non poteſt. Altera Objectio; *Filii hereditas aut ejus ſaltem portio legitima*, *non debetur è teſtamento*, *ſed jure naturæ*, *quod proinde Pater ei non poteſt eripere*, majorem habet ſpeciem eamque noviſſime ſeriò tuetur Brunnemannus ad *h*. *l*. ubi plures citat ὁμοψήφως. Reſponſio eſt, matrem ſuum jus è teſtamento, vel ab inteſtato perſequi debere. Ab inteſtato, patre mortuo, ſola vel cum fratribus & ſororibus defuncti, haberet totam hereditatem. E teſtamento peteret Legitimam. Sed præſente caſu, quem Papinianus & Ulpianus conſtituerunt, res in eum ſtatum jure publico bene & ſapienter introducto, redacta deprehenditur, ut mater neque teſtati, nec inteſtati jus ſibi vindicare poſſit. Non Teſtati; quia teſtamentum à marito conditum oppugnare non poteſt; non inteſtati, quia teſtamentum filio, non à filio jure factum extat. Ac ita ἀπόφασις ejus hæc eſt, ut neque totam hereditatem filii ſui, neque partem legitimam petere poſſit. Apparet eſſe circuitum legalem: ſed qui ex regulis Juris, prudenter & ſolide conditis neceſſario fluit: nec aliter à Juris conditoribus, poſt illas priores poſitiones rite ſtabilitas, ordinari potuit. Si quis inſtet, jus naturæ per ejuſmodi methodum legalem interverti non poſſe; reſpondemus, hoc jus matris non eſſe tale jus, de quo Euripidæum illud, τὸ καλὸν οὔποτ' ἔφυ μὴ καλὸν, *Juſtum nunquam fit injuſtum*, uſurpari queat. Sed diverſum hoc Ius eſt, ſcil. facultas aliquid habendi aut agendi; cujuſmodi jura civium pendent à diſpoſitione Legis, quæ magis eſt Domina rerum noſtrarum, quam nos ipſi ſumus, nec ulla *lex* omnibus *conſequentium* incommodis præveniendis ſufficit. Hæc bene valideque conſiderata prudentem Lectorem non poſſunt relinquere in opinione Cenſuræ, Iuris Romani auctoribus infligendæ. Vide ſis & conjunge cum his dictis *Prælect*. *ad*. *h*. *t*. *n*. 7.

Ulpianus Lib. xiv. ad Edict.

Si quis mortis cauſa donaverit filio quartam partem ejus, *quod ad eum eſſet perventurum*, *ſi inteſtatus paterfamilias deceſſiſſet*, *puto ſecure eum teſtari*. Et mox, *Quoniam autem quarta debitæ partis ſufficit ad excludendam*. *Querelam*, *videndum erit*, *an Exheredatus partem faciat*, *qui non queritur*: *Utputa*, *ſumus duo filii exheredati*. *Et utique faciet*, *ut Papinianus reſpondit*. *Et ſi*

 dicet

Digitized by Google

dicet Inofficioſum, non totam hereditatem debet, ſed dimidiam petere. Proinde, ſi ſint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus: Unicum ſeſcuncia; Unum ex illis ſemuncia Querela excludit l. 8. §. 6. & §. 8. d. Inoffici. Teſtament.

1. Jure Civili parentes liberis ſuis, etſi minimè ingratis, plus quartâ parte bonorum ſuorum, quæ ab inteſtato ad illos omnia pertinerent, relinquere non coguntur, & jure quidem Inſtit. & Pandectarum, quarta Pars, quæ legitima dicebatur, quovis tituló relinqui poterat, §. *ult. I. de Inoff. teſtam. l.* 8. §. 6. *b.* At hodie titulus inſtitutionis requiritur *N.* 115. *c.* 3. *in f.* & quantitas legitimæ eſt aucta notabiliter, οὐκ ἀγεννῶς, ut loquitur Juſtinianus in Nov. XVIII. ut tamen adhuc liberi, utcunque officioſiſſimi, dimidia vel tertia parte portionis ab inteſtato & jure naturæ debitæ contenti eſſe cogantur. Quod iniquitatis arguit inter alios D. Antonius Matthæus *diſp. fundam.* 9. *in append.* Dixi, inquit, *ſi recte aſſerunt Interpretes*, Quartam liberos à querelâ inofficioſi repellere; *Dubito enim, an aſſerant rectè. Quin ita ſtatuo; Teſtamentum impugnari poteſt utroque caſu, & cum liberi prorſus ſunt exheredati, & cum legitima eſt relicta &c. Nec liberos, qui ingrati non fuerint, Quarta relicta impedit, quominus teſtamentum Patris reſcindant &c. Quin eſt abſurdum, quod Interpretes uno pene ore omnes adfirmant, inſtituto filio in legitimâ vel quantacunque ejus parte, impugnari teſtamentum non poſſe; contra poſſe, legitimâ, vel majore etiam portione eis relictâ per legatum aut alium aliquem, præter inſtitutionem, titulum. Quippe efficitur eo pacto, quod mirabile dictu, ut deunce filio legato, teſtamentum non valeat, & contra valeat, filio inſtituto in unicâ. Quam abſurditatem primus, niſi fallor, Franciſcus Hotomannus obſervavit, in diſput. de Quarta legit. c.* 6. *n.* 34.

2. Duæ ſunt partes hujus Cenſuræ. Prima reprehendit hanc poſitionem Juris, *Quarta portionis ab inteſtato debitæ, quæ eſt Legitima, excludit liberos à Querela.* Ipſius, inquam, Juris hæc eſt indubitata poſitio, quæ reprehenditur. Nam quod Interpretes inſimulantur, quaſi τὸ ὅτι hujus ſententiæ minus rectè collegiſſent è legibus, id vel ex hiſce duobus ſupra ſcriptis locis abunde refellitur. Nec ut à me refellatur, expectabit, opinor quiſquam. Nihil preſſius & clarius adfirmari poteſt, quam id ibi ſitum eſt, idemque in *Nov.* XVIII. *in pr.* ubi; *legitimis & benevolis filiis, quibus agunt gratiam parentes & cap.* 1. *d. Nov.* Altera nota eſt in perverſam connexionem, quam Juris auctores fecerint, in præſcribendo modo relinquendi legitimam. Prioris cenſuræ ratio pendet ex eo, quod antea demonſtratum eſt, naturam liberis addicere hereditatem parentum, quo naturæ beneficio non niſi meritis contra naturam & officia parentibus debita privari debeant. Sed & hoc alias dictum eſt, Naturam ſive jus Gentium facere unum quemque rei ſuæ moderatorem & arbitrum; nec liberos juri parentum quicquam detrahere, niſi quatenus hi illis alimenta debent, quorum quantitas cum incerta ſit, ut jure poſitivo determinanda fuit, ita lege Romana determinata eſt; ultra quam liberi ex neceſſitate juris naturæ nihil petere poſſunt. Probabili quidem ratione deſiderare poſſunt omnia bona; ſed hæc probabilitas eſt jus imperfectum, quo non poteſt tolli jus perfectum Patris de re ſuâ diſponendi, poſtquam neceſſitati, quâ liberis erat obſtrictus, ſatisfecit. Si moveatur, quod uſu venire poteſt, ut quarta pars hereditatis

Digitized by Google

ditatis, ubi hæc modica ſit, alimentis non ſufficiat; ſciendum eſt, res humanas eâ varietate comparatas eſſe, ut omnibus in hypotheſi incommodis nulla prudentiæ lex obviam ire poſſit. Satis eſſe debet, in univerſum quod ſtatuitur & in ſumma, id eſſe æquum, & plerumque ad uſum particularem ſufficere. Cui addas licet, freno parentibus opus eſſe, quo liberos melius in officio continere poſſint, ne, ſi præter univerſam exheredationem nihil metuant, ita in animos inducant, ſi ab enormibus delictis, quæ fulmen extremum minitantur, abſtineant, bene ſe implere filialis obſequii legem: Præter quod majus abſurdum foret; quam D. Matthæus ſibi in Quartâ excludente querelam, format, quod tamen ipſius ſententiæ ineſſet poſtulatum; ne Parentes quicquam aliis bene meritis amicitiâque ſanctiſſimâ ſibi conjunctis, impertiri poſſint. Denique, ſic eſt humani mos ingenii, ut minus incommodi ex amore Parentum erga filios, ne ſine gravi causâ liberos nudâ legittimâ jubeant eſſe contentos, expectandum ſit, quam foret ex procacia liberorum; ſi Parentes ſcirent eſſe coactos, integrum ſibi relinquere patrimonium.

3. Quod ad ſecundam D. Matthæi notam attinet, verum eſt, cum olim ſufficeret, quovis titulo relictam eſſe Legitimam, à Juſtiniano in *Nov.* 115. *c.* 3. §. *ult.* conſtitutum eſſe, ne aliter liberi à Querela, quam ſi heredes inſtituti eſſent, duntaxat ex legitima, excluderentur. Nam ita Cæſar exiſtimavit itaque diſſerit in *d. Nov.* 115. exheredationem vel præteritionem illi æquipollentem & Querelam eſſe res correlatas: Inſtitutionem heredis, quæ eſt contraria exheredationi & præteritioni, non poſſe convenire Querelæ; tametſi par legitimæ quantitas alio titulo relicta fuerit. Quid eſt quod in hac Artis ratione uſuque terminorum reprehendatur? Data eſt opera, ne filius inani inſtitutionis titulo damnum in legitima pateretur; cum ſi ex minore, quam ſit Legitima, quantitate ſit inſtitutus, habeat actionem ad ſupplementum Legitimæ *l.* 30. *C. h. t.* Non cavit hoc abſurdum, dicunt *illi*, Imperator, ut ſi deuncem habeat filius in Legatis & donationibus mortis causa, tamen ſi exheredatus ſit, movere poſſit Querelam; Si unciam titulo inſtitutionis habeat, Querela ipſi negetur. Vellem exemplum adducerent, quo hæc abſurditas uſu veniſſet. In jure quippe non ſufficit, fingere caſus, qui facultatem non habent: ut Teſtator ſanæ mentis ita conſulat, ut filio deuncem in legatis relinquat, & de reliquo filium exheredem ſcriberet; Quin ejuſmodi exheredationem non valituram diceret Paulus, ex *l.* 19. *d. lib. & poſth. hered. inſtit.* Sed demus, illam abſurdi conſecutionem eſſe in hac ſententia, quid habet cauſæ filius, querendi, quod via reperta, qua ſibi exheredato deunx relinquatur, ut per Querelam quod ſupereſt, petere poſſit? modo eadem non ſit conſultum, ut legitima ſibi intervertatur, quam providentia legis per condictionem ad ſupplementum, ſemper habet ſalvam. Inde refellitur & aliud D. Matthæi argumentum. *Ut, inquam non ſufficit*, ait, *Quartæ quantamcunque partem relictam eſſe, niſi Pater liberos ingratitudinis arguerit, ut à ſupplendâ Quartâ repellantur, ita quoque non ſufficit, Quartam totam relictam eſſe, ut à reſciſſione liberi repellantur, niſi teſtator liberos dixerit ingratos & dixerit verè,* Connexum procedet, ubi oſtenderit, eandem eſſe neceſſitatem liberis totam hereditatem relinquendi, quæ eſt de Quarta legitima, quod à nobis aliter ſe habere, ſupra demonſtratum eſt.

4. Sed

4. Sed eſt adhuc alia in hunc locum cenſura Fabri Antonii, in hunc textum quem præ manibus habemus; Hæc verba, *Etſi dicam inofficioſum, non totam hereditatem debeo, ſed dimidiam petere, non putat ex ratione Juris defendi poſſe, neque tam Ulpiano vel Papiniano, quam imperito interpreti tribuenda eſſe.* Bene. Triboniano, quod huic aliquando parcit. Sed nobis hæc etiam cenſura omnino ſupervacua videtur. Quin ex his verbis probamus, quod in *Prælection. ad h. tit. n. 9.* & 10, adſtruximus; Eum, qui movet querelam inofficioſi, non plus conſequi, licet obtineat quam ipſi ab inteſtato competeret: Partes autem reliquorum, qui jus querendi non habuere vel tempore excluſi ſunt, aut queri noluerunt, apud heredem ſcriptum manere; cum ex poſt facto defunctum pro parte teſtatum & pro parte inteſtatum decedere poſſe, in ipſo caſu Querelæ non eſſe inſolens conſtet ex *l. 15. §. ult. & l. 17. h. t.* Sed audiamus rationes, quibus Faber hunc verſum probat eſſe ſpurium. Non quæritur, inquit, in hoc §. de parte quam is qui inſtituit Querelam habeat in hereditate, quod hæc verba volunt; Sed an exheredatus partem faciat in computanda Legitima. Reſponſio eſt; Verba iſta fungi pro argumento, hujus quæſtionis; Si exheredati ratio habeatur, in petenda hereditate, ut plus conſequi non poſſit filius querens, quam exheredato concurrente haberet, multo magis ejus ratio, in ponendo Legitimæ calculo habenda fuerit. Ecquis hoc à propoſito alienum eſſe dicat? Pergit Faber: *Sed & Interpretis noſtri manum, ſimulque inſcitiam illud detegit, quod iis verbis, quæ tollimus,* *Et,* ſi dicam inofficioſum, non totam hereditatem debeo, ſed dimidiam petere; *exprimitur apertiſſime, illum, qui de inofficioſo teſtamento dicit, hoc ipſo hereditatem petere, quaſi querela ſit petitio hereditatis; quod plane falſum eſſe oſtendimus ad L. Poſtumus 6. §. ſi quis ex his, h. tit.* Melior in Fabrum Cenſura fuerit quod ad hypotheſes ſuas controverſi Juris ſtabiliendas, manus violentas ſacro Textui inferre non veretur; quod procul habere boni eſt Interpretis. Querelam Inofficioſi vere juridiceque eſſe petitionem Hereditatis ad *Tit. Inſt. de Inoffi. Teſtam.* demonſtratum heic loci repetere nihil ad præſens inſtitutum adtinet.

Ulpianus Lib. XIV. ad Edictum.

Quarta autem accipietur ſcilicet deducto ære alieno, & funeris impenſa. Sed, an & libertates quartam minuant, videndum eſt: &, in quid minuant. Nam ſi, eum quis ex aſſe heres inſtitutus eſt, ideo non poteſt dicere inofficioſum quia habet Falcidiam; Falcidia autem libertates non minuit; poteſt dici, deductis libertatibus quartam ineundam. Cum igitur placet quartam minui per libertates: eveniet, ut qui ſervos tantum habet in patrimonio ſuo, dando eis libertatem, inofficioſi querellam excludat: niſi fortè hic filius, ſi non fuit in poteſtate, à patre heres inſtitutus, meritò omittit hereditatem, & ad ſubſtitutum tranſmittens, querelam inofficioſi inſtituet: vel ab inteſtato, citra edicti pœnam, habeat hereditatem. l. 8. §. 9. d. Inoffi. Teſt.

1. Si quantum acuminis Antonius Faber detegendis Juris nuditatibus & nævis impendit, tantum nobis ad velamentum & defenſionem ejus adhibere facultas eſſet, eo forſitam omni in hujus expoſitione textus opus foret. Tam perplexus

Digitized by Google

plexus & obſcurus eſſe videtur. Nec dubitat Faber, ſcilicet, quin totus ſit falſus & ſubornatus à Triboniano ejuſque collegis digeſtoribus, inſcitiæ & ſtultitiæ manifeſtis. Has enim laudes illis perpetuò adſcribit; etſi Procopius atque Suidas inimici & hoſtes Juſtiniani ac Triboniani, hunc virum ſui temporis eruditiſſimum appellant, ne ſi tam ſtultus & abſurdus hic locus ſit, hoc Triboniano confeſtim imputandum ſit. Cur autem hæc ſubornaſſe dicemus eum? Faber nihil quam inſcitiam & ſtultitiam profert: An ut dicta veterum ad jus novum flecteret, ut plerumque de emblematibus præſumitur? Nihil tale; ut in progreſſu videbimus. Nihil quam luſus ineptiæ & imperitiæ argui poſſet. Ut nihil Faber Ulpiano vel Papiniano dignum, omnia principiis Eunomiæ adverſa reperit. Placet primo ſententiam Loci, ut hæc à Baſilicis expoſita eſt referre, cum hac conferre textum, cujus verba aliquanto ſe præbent obſcuriora, quam ſunt Baſilici, qui prudenter iſta ſalebroſa tranſiliunt, conferemus. Quod illi enim ſibi licere putarunt, ut quod intelligerent hoc verterent, ea quæ non adſequerentur omitterent, id nobis in hoc inſtituto & examine Juris Latini non licet. Quæ autem Scholiaſtæ Græci habent prolixe ac effuſe, tam ἀπόῤῥεια & à propoſito aliena ſunt, ut illa multo plus obſcuritatis, ſi conjungenda forent, quam lucis adferrent. Baſilici hoc modo incipiunt. Τὸ τρίτον λέγομεν τῶν μετὰ τὰ χρέα μενόντων καὶ τῶν δαπανῶν τῆς ταφῆς. *Trientem, dicimus eorum quæ Superſunt, deducto ære alieno & impenſa funeris.* Hactenus bene & pene verbotenus cum Textu, niſi quod τὸ τρίτον, Trientem poſuere, pro Quarta; quia Juſtinianus, Legitimam deinde redegit ad Trientem in *Nov.* 18. Ex quo, & magis ex ſequentibus apparet inſtitutum Baſilicorum non eſſe verſionis, ſed novæ conſtitutionis ad exemplum Juris Antiqui, mutatis mutandis ex jure novo. Sequitur in baſilicis καὶ τῶν ἐλευθεριῶν. Et *libertatibus* ſcil. deductis. Καὶ ἐν τῷ φαλκιδίῳ γὰρ ὑπεξαιροῦνται αἱ ἐλευθερίαι. *Nam & in Falcidiâ deducuntur libertates.* Hæc multo impeditius & obſcurius in Textu habentur. *Sed an & libertates Quartam minuant videndum eſt, & nunquid minuant.* Primo omnium Fabro concedimus, hæc verba, *& nunquid minuant* eſſe ineptæ ac inſulſæ repetitionis, quæ nihilo magis Triboniano, ut ille vult, quam Ulpiano vel Papiniano conveniant. Nec gloſſa quicquam proficit in omnes ea formas vertendo. Niſi pro *minuant* poſteriore, legamus, *tollant*, hoc modo, ſed an & libertates Quartam minuant videndum eſt, & nunquid *tollant:* In ſequentibus argumentatur Juriſconſultus à Falcidiâ ad Legitimam. Quod vellem ſane ſimplicius ita poſuiſſet; *Nam quia Falcidia libertates non minuit, poteſt dici, deductis libertatibus, Quartam ineundam,* Scilicet, quia Quarta liberorum olim ad exemplum Falcidiæ introducta ac ita appellata fuit. Sed quid hæc ſibi vult ratio? *Si cum quis ex aſſe heres inſtitutus eſt, ideo non poteſt dicere inoſſicioſum, quia habet Falcidiam.* Imo qui ex aſſe heres inſtitutus eſt, ideo querelam non habet, *quia neque exheredatus, neque præteritus eſt:* Talis enim ſolus habet Querelam *l.* 3. *h.t.* Pro lubitu ſuo Faber huic rationi inſultat & Tribonianum pipulo differt. Si hoc neminem offenderit alium, ut neminem ſcio, miror & indignor. Nec potuit Tribonianus aut ullus tyro ita impingere. Nihil intelligo, ſi non ex fine hujus § ſenſum his verbis demus. Quando libertates hereditatem exhauriunt totam, filius qui habet ſubſtitutum omittere poteſt hereditatem & quaſi exheredatus vel præteritus agere Querelâ contra ſubſti-

Digitized by Google

ſubſtitutum. Hoc non poteſt facere, ſi hereditas aliis exhauſta ſit legatis, id enim ſupponendum quia Falcidiam habet, ac ita Quartam, quæ excludit Querelam. At ſi per libertates exhauſta ſit hereditas, quæ tota ſcilicet, ut mox ponitur, è ſervis conſtiterit; Falcidia non obtinet, quia libertates eam minuunt, imo tollunt, ſi tota hereditas è ſervis manumiſſis conſtiterit; quæ res favet emendationi ſuperius tentatæ. Pergamus igitur ad caſum illum ſubjectum, cum Baſilicis. Εἰ δὲ τις μόνους δούλους ἔχων αὐτοὺς ὑπόστασιν ἐλευθερώσει αὐτοὺς ἐν διαθήκῃ, τὸν ὑπεξούσιον υἱὸν γράψας κληρονόμον, ἀργεῖ ἡ κατ' αὐτοῦ μέμψις. *Si quis autem ſolos habens ſervos in bonis, eos in teſtamento manumittat, filio ſuo herede ſcripto, ceſſat Querela;* Quia textus dat Querelam filio, *ſi non fuit in poteſtate.* Εἰ δὲ ἀντεξούσιος ὁ παῖς παραιτεῖται τὸν κλῆρον, Καὶ εἰ μὲν ἔχει ὑποκατάστατον, κινεῖ κατ' αὐτοῦ τὴν ἐκ τῆς διαθήκης μέμψιν. Εἰ δὲ μὴ ἔχει, αὐτὸς ἐξ ἀδιαθέτου κληρονομεῖ, μὴ ὑποπίπτων τῷ νομίμῳ δόγματι. *Si verò ſit filius emancipatus, hereditatem repudiat. Et ſi habeat ſubſtitutum, movet adverſus eum Querelam inofficioſi. Si non habet, ab inteſtato ſuſcipit hereditatem, ſine metu edicti*, quod eſt in Tit. *Si quis omiſſa cauſa Teſtam.* Quid de filio *ſuo*? Dixeris illum hoc caſu, quaſi præteritum petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas, cum gloſſa. Ita non male Textus à Baſilicis explicitus videtur. Jam vero latus eſt diſputandi campus Fabro, qui facilius in dicta Textus movet difficultates quam perſuadet hæc eſſe à Triboniano, cui ſi novum jus hic ſubeſſet, facilius imputaretur ſubjectio. Sed nihil hic ejuſmodi. Quin verius eſt, quod gloſſa monet, hodie libertates non minuere Legitimam, quia ſanxit Juſtinianus, Trientem *totius ſubſtantiæ* bonorum à defuncto relictæ ei eſſe tribuendam *Nov.* 18. Diſputet in immenſum Faber, ut ſatagit, hoc etiam ita Jure veteri fuiſſe; nihil profert, cur Tribonianus rem jure veteri novoque inauditam excogitaſſet, aut in jure tralatitio tam pueriliter errare potuiſſet, eaque gratia totum hunc Papiniano textum appinxiſſet. Magis eſt, ut favor libertatis, & ſimilitudo Falcidiæ cum Legitima, idem in hanc jure veteri invexerit, quod in Falcidia obtinuiſſe certum eſt. Si non per omnia in caſu olim rariſſimi & hodie nullius uſus Fabri veſtigia legam, quod nec fieri poteſt, veniam facile merebimur. Ipſe tandem in hoc definit, poſſe filium tam ſuum quam emancipatum, hereditate libertatibus exhauſtâ queri de Inofficioſo, ſaltem per modum contradictionis, ſi ſervi petant libertatem. Quod ſi eſt ita, quid in ſumma Textus hic Eunomiæ adverſum contineat, ne quidem Faber dixerit. In verbis nihil penitus à Triboniano mutatum vel adjectum eſſe, modo univerſa vel pene totalis ſuppoſitio non obtrudatur, haud facile dixerim. Argumenta ſuppoſitionis Tribonianeæ quæ habet, à ſtylo, verbis, *Sed an, videamus, videndum* eſt, *Poteſt dici*, nullius valoris ſunt, obvia paſſim. Reſpice ad §. 4. & 5. *h. l.* 8. ubi *dubito an, poteſt dici* quæ Faber ipſe non arguit, & ubi non ſimilia? Quod autem obſervat, hanc phraſin in *fin. h.* §. *habent hereditatem*, non convenire veteribus, eſſe Imperatoriam, & vel ſolam arguere Triboniani manum, ὑπερχρεῶδες eſt. Tu vide ſis in *Habeo* Briſſonium.

Digitized by Google

Ulpianus Lib. XIV. ad Edict.

Si condicioni parere teſtator heredem juſſit in perſona filii, vel alterius, qui eandem querellam movere poteſt, & ſciens is accepit, videndum, ne ab inofficioſi querella excludatur: adgnovit enim judicium. Idem eſt, & ſi legatarius ei, vel ſtatuliber dedit. Et poteſt dici, excludi eum: maximè ſi heredem ei juſſerat dare. Ceterum ſi legatarium, nunquia ſemel natam inofficioſi querellam non peremat legatarii oblatio? Cur ergo in herede abſolutè diximus; quoniam ante aditam hereditatem nec naſcitur querella. Ego eventum puto ſequendum in hac re: ut ſi forte, antequam judicium moveatur, oblatio ei fiat ejus, quod relictum eſt, quaſi ex voluntate teſtatoris oblato eo, ſatis ei factum videatur. l. 8. §. 10. d. Inoffic. Teſtam.

1. Parum erat, quod Faber totum fere §. *præcedentem* à Triboniano ſubjectum dixerat, niſi & hunc & majorem hujus legis tam prolixæ partem ejuſdem falſitati & inſcitiæ tribueret. Nam ſi nihil quam ſuppoſitionem argueret, & res ipſas ſuo merito relinqueret, Eunomiæ tantum non intereſt; Sed quod res ipſas πραγματικῶς expoſitas ait eſſe ineptas, à ratione juris alienas & ſtultas, id vero eſt ejuſmodi, ut ni cum ratione vindicetur, nimis gravem Juriſprudentiæ notam inurat. Etſi nec id quidem in animum inducere poſſemus, Tribonianum ſine cauſa Juris antiqui ad novum inflectendi, auſum fuiſſe tam latè patentes infarcire commentarios Locis veterum ex eorum libris excerptis, qui tunc in omnium manibus verſabantur. Quibus utique impoſiturum ſe nullo modo ſperare poterat. Sed videamus ſententiam. Hanc baſilici hoc modo complexi ſunt, verſione Fabrotina; *Si ante litem conteſtatam ceperit quis à defuncto, ſibi, conditionis implendæ gratia, relicta, non agit querela, quia agnovit judicium defuncti.* Faber hoc negat ex ratione Juris, quia quod conditionis cauſa relictum eſt, non veniat ex judicio & diſpoſitione Teſtatoris *l. 8. in fin. Si quis om. cauſ. Teſt. l. 55. d. C. & D.* Sed hæc eſt mera cavillatio. Teſtator dixit, *Titius heres eſto, ſi filio meo exhedato centum dederit*; verum eſt, filium hunc non eſſe directe legatarium, ſed mortis cauſa capere certum *d. l. 8. & l. 55.* Quis tamen negat, hoc illum ex voluntate Teſtatoris habere? Vide *l. 3. §. ult. d. cond. cauſ. dat.* ubi; *Quem Teſtator accipere voluit.* Item *l. 20. §. 4. d. Acquir. hered. Quia ex defuncti voluntate accipitur, quod conditionis implendæ cauſa datur*, ad quam frigidiſſimæ ſunt eluſiones potius quam reſponſiones Fabri, contra evidentiam rei manifeſtam. Ad §. *ult.* more ſuo reſpondet, cum locum à Triboniano contra juris rationem eſſe corruptum, qua de re *in loco* videndum erit. Tu adhuc vide ſis *l. 92. d. C. & D.* ubi *circumveniri non debet teſtantium voluntas*, de caſu mortis cauſa capionis. Nihilo melior eſt Fabri captio; quod heres, qui ſub conditione dandi decem filio inſtitutus eſt, non poſſit *dici parere juſſus conditioni in perſona filii*, ut hic habetur; Niſi verba diſpoſitiva accedant, *Heres filio centum dato.* Quin imo contra ſcriptum eſt in *d. l. 3. §. ult. ut Teſtatori pareatur, & in d. l. 92. Teſtantium voluntas circumveniatur*, etſi non directa, minime tamen obſcura vel ambigua. Hactenus igitur nihil profertur, cur non bene ſcriptum ſit, filium qui accepit, quod per modum conditionis ei relictum erat, judicium agno-

viſſe Teſtatoris & Querelæ renuntiaſſe videatur. Sequuntur aliæ cavillationes. Textus ait; *Idem eſt, etſi Legatarius ei, vel ſtatuliber dedit.* Mox tamen dubia eſt oratio: Et *poteſt dici; Nunquid &c.* Hæc Tribonianæa: vel potius Fabri argutæ ineptiæ. Verſus *idem eſt*, referatur ad τὸ proxime ſequens: *Agnovit enim judicium defuncti*, non ad Quæſtionem, an *querela detur*, ut eſt ob oculos. Sed novum *emergit abſurdum*, ait Faber. In ſequenti verſiculo tractatur caſus, an oblatio pecuniæ Querelam perimat. *Hucuſque*, ait ille, *tractavit caſum contrarium, quo non modo fuiſſet oblata, ſed etiam data: Sic enim ſcripſerat: Idem eſt*, etſi Legatarius ei, vel ſtatuliber dedit. *Nunc tractat eum caſum, quo filius exheredatus ſibi oblatam ſive ab herede, ſive legatario pecuniam nolit accipere.* Ubinam hoc, *nolit accipere*? Colligit hoc Faber ex voce *oblatio*, quaſi hæc nonniſi inchoationem facti, non perfectionem, ſive acceptationem ſignificaret. Digna objectio Cenſore Jurisprudantiæ! cum nihil ſit notius, quam oblatum dici, etiam quod acceptum & conſummatum eſt. Cicero *pro Domo ſua.* Domus, inquit, ardebat in Palatio, non fortuito, ſed *oblato* incendio. Idem *lib. 3. off. Reginæ ſtuprum obtulit*, id eſt, illam violavit. *Pro Roſc. Amer.* idem. *Qui mortem obtulerit Parenti*, id eſt, occiderit eum. Offerre vitium virgini, *apud Terent.* Tantum hic dies *obtulit* moleſtiæ mihi, id eſt, dedit Plaut. *Aulul.* Sic etiam hic, *oblatio* pro, quod prius de *datione* dixerat inprimis Latine, ut Papinianum potius, quam Tribonianum arguat, & Fabri magis quam hujus inſcitiam. Argutatur in infinitum Faber ad probandam Triboniani ſtultitiam, in illa quaſtione *Numquid ſemel &c. & Cur ergo in herede abſolute diximus?* Si dicam ſenſum & connexionem hujus verſiculi, cum præcedentibus; non opus erit immenſam Fabri loquacitatem ad abſurda ſua demonſtranda perſequi. Quæſtio eſt, An accipiendo relictum ab herede ſcripto vel à legatario, aut Statulibero filius amittat Querelam Ratio adfirmandi; quod agnovit defuncti voluntatem, quæ ratio in omnibus valet. Sed in ipſo Quæſito eſt differentia. Plus enim dubii habet deciſio ſi filius à legatariis acceperit, quod ante aditam hereditatem fieri poteſt. Sed tum Querela nondum erat, quia teſtamentum ab aditione vires capit, nata; quod ſi ab herede acceperit, dici non poteſt. Concludit tamen, ex eventu, in omnibus idem eſſe juris. Poſtremo tres addit errores Faber Tribonianæos, ſed revera ſuos, quorum duo jam à nobis refutati ſunt. Primus eſt, quod auctor legis putavit, pecuniam filio ab herede vel legatario dandam à Patre eſſe relictam: quod ſit falſiſſimum: Cum ſit inaniſſima Fabri argutia, ut demonſtratum eſt. *Non minus gravis eſt error*, inquit, *Triboniani putantis ad excludendam Inofficioſi Querelam ſufficere, ut filius habere poſſit legitimam ſuam ex voluntate Patris. Hoc vero falſum eſt, niſi habeat etiam ex bonis defuncti.* Quid eſt Querela, niſi Accuſatio judicii Patris? Qui hoc agnovit renuntiare videtur Querelæ, idque docet Papinianus an Ulpianus. Quin etiam quod filius ab alio herede vel legatario conditionis implendæ causâ accepit; Etſi directe, inquam, non veniat ex bonis defuncti, ex iis tamen cauſam habet, ac inde mediate reſultat. eſt enim delibatio ejus, quod heres aut legatarius habet à defuncto. *Poſtremus in hoc §. ubinam. Triboniani error in ultimis verbis continetur, ubi ſupponit, pecuniam hanc, quæ oblata filio eſt, habendam eſſe pro ſoluta; ſi filio fuerit oblata*, li-

-cet

cet ab eodem *recuſate*. Quod ſi verum eſt, à me defendi non poteſt. Sed puto *per omnem* §. agi de pecunia accepta, ut eſt in pr. Nec enim recuſaudo quod relictum eſt agnoviſſe videri poteſt defuncti voluntatem. Oblationem igitur cum effectu, ut modo dictum, accipiendam eſſe dubitari non poteſt.

Ulpianus Lib. XIV. ad Edict.

Unde ſi quis fuit inſtitutus fortè ex ſemiſſe, cum ei ſextans ex ſubſtantia teſtatoris deberetur, & rogatus eſſet poſt certum temporis reſtituere hereditatem: merito dicendum eſt, nullum judicium movere. Cum debitam portionem, & ejus fructus habere poſſit. Fructus enim ſolere in Falcidiam imputari non eſt incognitum. Ergo & ſi ab initio ex ſemiſſe heres inſtitutus rogetur, poſt decennium reſtituere hereditatem: nihil habet, quod queratur: quoniam facile poteſt debitam portionem, ejuſque fructus medio tempore cogere. l. 8. §. 11. d. Inoff. Teſtam.

1. Inſtituerat, Faber hic ſiſtere cenſuram in Tribonianum *ad h. l.* & enormes ſuas invectivas Emblematicas, ſed mox relabitur ad hoc, ut præſens etiam §. ſit ab ejuſdem inſcitiâ. Sententiam §. rurſus è Baſilicis exhibebimus. *Si heres ſcriptus rogatus ſit, poſt tempus reſtituere hereditatem, non agit Querela contra Teſtamentum, cum ex fructibus medii temporis poteſt implere portionem legitimam & ejus fructus:* (Εἰ τῷ φαλκιδίῳ γὰρ οἱ καρποὶ καταλογίζονται). *In Falcidiam enim fructus imputantur.* Si verum eſt, quod communiter Interpretes tenent, jure novo fructus poſt obitum Teſtatoris perceptos in Legitimam nec ab herede ſcripto, nec à Teſtatore imputari poſſe *l. 36. in pr. C. h. t. Auth. Noviſſimâ cod. ex Nov. 18. c. 3.* quis non videt, alienum eſſe præſumptu, quod Tribonianus hic Papinianum aliter loquentem fecerit, quem potius ſi ita ſcripſiſſet, ex more ſuo & ex mente Juſtiniani ad juris novi imitamentum inflexiſſet. Quod jure novo diverſum ab hujus §. ſententia non ſit conſtitutum, nihilo plus cauſæ mutandi hunc locum Triboniano eſſe potuit. Quod ad jus Pandectarum attinet, nihil uſquam extare puto, quo negetur fructus in Quartam Legitimam vel in Falcidiam imputari. In Pegaſianam, ſive ut hodie loquimur: Trebellianam imputari, textus eſt in *l. 18. §. 1. ad Sc. Trebell.* Et cum Pegaſianum SCtum Πρὸς τὴν τοῦ φαλκιδίου μίμησιν, *ad Falcidiæ Legis imitamentum*, ſit factum, Unde Falcidiæ nomine paſſim inſignitur *l. 43. §. 3. d. Vulg. & pup Subſt. l. 10. l. 30. §. 7. l. 47. l. 68. ad L. Falcid. §. 5. Inſt. de Fideicom. hered.* nihil eſt cauſæ, cur ſecus in lege Falcidia receptum fuiſſe credamus, neque per ea quæ Faber in infinitum ſine Textu diſputat, conficitur Argum. petit ex *l. 74. ad L. Falcid.* ubi in Falcidiam imputari dicitur, quod ex judicio defuncti, & hereditario jure percipitur, non quod jure legati aut fidei commiſſi, vel conditionis implendæ cauſa. Inde nihil ſequitur ad fructus, qui, ut hic eſt, etiam è judicio defuncti, imo jure hereditario percipiuntur, quia fructus etiam poſtea percepti augent hereditatem *l. 20. §. 3. d. Hered. petit.* Sed inde tamen ſequi fructus in legitimam eſſe imputandos negat enixe Faber, at fruſtra contra evidentem Textum; quem velit nolit, pro Juſtinianæo qui obligat agnoſcere cogitur; quam argutiis ſuis auctoritatem vitio creatus Cenſor inaniter convellit.

Nec rationes ejus efficiunt, ut hoc jus iniquum videri queat. Filius, cui ſextans pro legitima debetur, inſtitutus eſt ex ſemiſſe, verum hunc ſemiſſem juſſus eſt poſt tantum temporis alii reſtituere, ut vel ipſe, vel heredes ejus inde ſextantem, cum fructibus *τοῖς ἐν τῷ μέσῳ medii temporis* ſuo commodo percipere poſſint. Non eſt cauſa Querelæ; quia non intereſt, quo modo Legitimam ſuam filius habeat, cui adverſus inopiam, quatenus Lex eam arcet, quolibet modo cautum eſt §. *ult. I. de Inoff. teſt.* Sed an hoc jure novo rectè emendatum dicitur? De liberis primi gradus conſtitutum ſcimus, illis in Quartam Trebellii fructus non imputari *l. 6. C. ad Sc. Trebell.* Quod multo magis in Legitima valere dubium non eſt. Sed de nepotibus & Parentibus nihil quod ad legitimam, vel ad Trebellianicam attinet, extat: Nam quod habetur in *d. l. 36. C. h. t.* Legitimam eſſe præſtandam è *ſubſtantia paternâ*, id etiam eſt in hoc *ipſo* §. 11. qui docet fructus in legitimam imputari, ſicut in Falcidiam, etſi hæc etiam ex ipſis bonis ipſaque hereditate præſtanda ſit *d. l. 74. ad L. Falcid.* Ne quidem in *Nov. 18. c. 3. & Auth. Noviſſima* diverſum habetur, Ibi enim ſtatuitur, Legitimam non poſſe relinqui in nuda proprietate, quia ſic filius eſuriem non evitaret: Quæ ratio ſecus habet, in Legitima è fructibus actu & cum plena fruitione colligenda. Ut ad hujus §. abrogationem minime ſatis literæ extare videatur: Etſi plenior pro liberis & æquitate naturali ſententia ſic invaluerit, ut ab illa in judicando; quando & alia minus juri conſentanea, cujuſmodi eſt quod de utraque Quarta detrahenda receptum eſt, juris eſſe creduntur; non ſit recedendum. *Buſius & Brunnem. hic.*

Ulpianus Lib. XIV. ad Edict.

Meminiſſe autem oportebit, eum qui teſtamentum inofficioſum improbè dixit, & non obtinuit, id quod teſtamento accepit, perdere & id Fiſco vindicari, quaſi indigno ablatum d. l. 8. §. 14. d. Inoff. Teſtam.

1. Imo vero non poteſt neque debet plus perdere, quam quod Legitimam excedit, idque Autumnus & uſu receptum eſſe tanquam melius, idemque à Papiniano in §. *ſequ.* adfirmatum eſſe docet. Ibi enim impubes arrogatus dicitur, aut removendus à querelâ, *aut ſi egit, nec obtinuit, Quartam ei quaſi æs alienum, concedendam.* Et ratio ſuffragatur, quod Legitima nullo modo, niſi probetur ingratitudo, tota filio vel pro parte ſubtrahenda ſit. Quid enim in eo peccavit filius, quod fulmen exheredationis amoliri ſeque turpiſſimâ ingratitudinis macula purgare voluit? Reſpondetur, exheredatum ſi querela mota ſuccubuerit, jam rite juſteque à patre exheredatum, ſicut eſt judicatus, ita haberi: Ingrati autem & exheredati ne legitimam quidem, quod ad *L. præcedentem* vidimus, petere poſſunt. Legata vero ſibi tanquam extraneis relicta, quominus amittant, iſta ratio non prohibet, & filius ipſe, id agens, ut teſtamentum reſcindat, legato ſatis enixè renuntiaſſe videtur. Quod autem Papinianus in §. *ſeq.* contra ab ipſo Ulp. ſcripſiſſe dicitur, noli putare, Ulpianum tam cito ſuæ poſitionis oblitum contrariæ auctoritatis ſententiam collocaſſe. Impubes ibi fuit admiſſus ad querelam ipſo jure non competentem, cum haberet Quartam ex conſtitutione divi Pii, ut ipſe Papinianus

nianus inculcat. Vel igitur, quod admiſſio ad querelam pro nullâ, id eſt, non facta habetur, vel quod impuberi nihil ad pœnam hac cauſa imputari poteſt, vel ob utramque rationem, nihil inde contra loci ſuprà ſcripti deciſionem colligi poteſt.

Ulpianus Lib. XIV. ad Edictum.

Si ex cauſa Inofficioſi pronunciaverit Judex contra teſtamentum, nec fuerit provocatum, legata non debentur. d. l. 8. §. pen. d. Inoff. Teſtam.

1. D. Wiſſembachius; Hodie poſt *Nov. 115. c. 3. in fin. & c. 4. in fin. ſola heredis inſtitutio per querelam infirmatur; reliqua omnia in eo teſtamento relicta debentur, abrogata d. l. 8. §. pen.* Duar. *h. fol.* 183. *Qua fronte ergo Tribonianus gloriatur, jure veteri ennel? Ita in Commentario ad h. tit. n.* 3. Reſponſio eſt hæc; Satis negotii datum fuit Triboniano, ex duobus librorum milibus & tot diſcrepantium ſectarum auctoribus digerere Pandectas, ut ſibi juribusque tum creatis convenirent; ne Vatis etiam & Prophetæ perſpicaciam in futurum ab eo deſideremus: Ut ſecundum id quod Imperator ſuus diu poſt Pandectas excogitaturus eſſet, hos libros attemperaret. Miror, Præceptori noſtro cum in noviſſima editione textus adderet, quibus id gloriatus ſit Tribonianus, non veniſſe in mentem, jus quod in Novellis demum, quæ Pandectis & textibus illis multo poſteriores ſunt, innovatum eſt, argumentum huic cenſuræ non potuiſſe præbere juſtum, niſi quid me fallit hic ipſum; quod inexpectata oblivione viri Cl: quam ex evidentia rei dictum volo.

Ulpianus Lib. XIV. ad Edict.

Si ex cauſa de inofficioſi cognoverit judex, & pronuntiaverit contra teſtamentum, nec fuerit provocatum: ipſo jure reſciſſum eſt: & ſuus heres erit, ſecundum quem judicatum eſt; & bonorum poſſeſſor, ſi hoc ſe contendit: & libertates ipſo jure non valent: nec legata debentur, ſed ſoluta repetuntur, aut ab eo, qui ſolvit, aut ab eo, qui optinuit: & hæc utili actione repetuntur. Ferè autem, ſi ante controverſiam, motam ſoluta ſunt: qui obtinuit, repetit, & ita Divus Hadrianus, & Divus Pius reſcripſerunt. l. 8. §. 16. d. Inoff. Teſtam.

1. Fœtus inſcitiæ Triboniani & hic eſt locus, ſi credimus Fabro. Primo ob verba, *Si ex cauſa de inofficioſi cognoverit Judex*, Legendum eſſe ita. *Si ex cauſa inofficioſi*, aut, Si ex cauſa de Inofficioſo, vel potius, *de inofficioſo*. Cur non *de cauſa inofficioſi*, ut ſolum τὸ *Ex* abundet. Adeo modica emendatio ſine Triboniani injuria conſtare non poteſt? Sed inſtat: Nullus *judex* unus, de cauſa inofficioſi cognovit. Centumvirale judicium fuit, ut notum *l. 13. l. 17. h. t.* A quo nec provocari potuit, quia Centumviri jus faciebant *l. ult. in pr. C. de Pet. hered.* niſi ad ipſum populum, vel Principem, de quo tamen parum conſtat. Hæc objectio facit, ut retinendam putem Lectionem Florentinam, ſalvo honore Triboniani.

Digitized by Google

niani. Centumviri de Inofficioſo cognoſcere ſolebant. Verum *Ex cauſa*, id eſt extra ordinem, *cauſa* ſingulari prorogationis aliæve. Prætor adiri & judex quo minus dari potuerit, nihil obſtat, à quo ut ſemper appellari potuerit, Id ſub principatu, ſequiori tempore, magis invaluiſſe credibile erit. Locutio *de Inofficioſi*, conciſe, ſubaudito, *Querela*, non eſt inſolens, ipſique Papiniano uſurpata in *l.* 15. §. 2. *h. t.* ubi, *de inofficioſi actione expertus*. Inſtat Faber, ex verbis, *Ipſo jure reſciſſum*, idque *per ſententiam*; quod abſurdum ſit: quia *reſcindere* & *ipſo jure nullum* eſſe opponuntur, maxime per ſententiam, ut hic, quod facti eſt. Sed fruſtra Faber ex uſu terminorum Artis probat, ubicunque vox aliqua ſecus uſurpetur, eſſe locum ſpurium. Nihil magis *ipſo jure* nullum eſt, quam libertas in fraudem creditorum data *pr. Inſt. Quib. ex cauſ. manum.* Et hæc tamen *reſcindi* dicitur in *l.* 5. §. 2. *Qui & à quib. manum.* Imo hæc ipſa phraſis, *ipſo jure reſcindi*, eſt in *l* 64. §. 1. *d. C. & D.* Item, *ipſo jure revocari*, quod idem in *l.* 16. §. *ult. d. jur. Patron.* Faber: *Movent me* etiam illa verba; *Et bonorum poſſeſſorem, ſi hoc ſe contendit:*. Præeo, quod voluit Tribonianus dicere, *ſi malit*, *ſe bonorum poſſeſſorem quam ſuum heredem dicere.* Quaſi conciſa loquendi genera ubivis obvia, non in laude veteribus habita fuiſſent Juriſconſultis: cum in hoc quidem nihil offendit, elegantiæ vel ſenſus gratia? Porro adverſus rem ipſam Fabri cavillatio indigna relatu eſt, eum notius ſit nihil, quam filiumfamilias, vel jure civili ut *ſuum*, vel jure prætorio per bonorum poſſeſſionem petere & impugnare teſtamentum *l.* 12. §. 1. *d. Bon. poſſ. C. tab.* ut diſputatio illius de ſui heredis & bonorum poſſeſſoris differentia, huic loco nihil obſtet. Vult enim nihil aliud Papinianus, quam per victoriam Querelæ Teſtatorem redigi ad conditionem inteſtati, ut nihil è Teſtamento valeat; Sed is qui obtinuit jure civili, vel Prætorio, perinde ac ſi nullum fuiſſet Teſtamentum, ſicut jam ipſo jure nullum eſt, hereditatem ſuſcipere poſſit, quo nihil eſt verius & ſimplicicius, niſi quod jure novo acceſſit temperamentum ex *Nov.* 115. *C.* 3. §. *ult.* Hæc igitur nullius ad cenſuram aſſis habenda ſunt. Ultimum ejus argumentum eſt, quod legata ſoluta, poſt victoriam Querelæ utili actione repeti dicuntur, cum ipſe directam competere actionem exiſtimet, commentum utilis actionis eſſe Triboniano frequens. Si quid ejuſmodi ab hoc eſſet adjectum ἐμβληματικῶς, non foret ejus inſtituto tam inſolens, quam eſt integrorum ſubornatio textuum, quam Faber illi impingit. Sed cum legatarii acceperint legata ſibi ex teſtamento debita, ex poſt facto indebita facta, Nec ipſe qui ſolvit, repetat, cenſeo conditionem directam minus illis convenire, nihil eſſe quod utilem non potius requirat. Eſt in hunc §. cenſura Fabri inprimis vana & futilis.

Ulpianus Lib. XIV. ad Edict.

Plane ſi poſt quinquennium inofficioſum dici cæptum eſt ex magna, & juſta cauſa: libertates non eſſe revocandas, quæ competierunt, vel præſtitæ ſunt: ſed viginti aureos à ſingulis præſtandos victori, l. 8. §. ult. d. Inoff. Teſtam.

Mode

Modeſtinus Lib. ſingul. de Inoff. teſtam.

Si autem intra quinquennium egerit, libertates non competunt. Sed Paulus ait, præſtaturum fideicommiſſas libertates, ſcilicet viginti aureis & in hoc caſu à ſingulis præſtandis. l. 9. Eod.

1. Comicæ rurſus exemplum ſuppoſitionis, ſi Fabro credimus. Papiniani, Ulpiani, Modeſtini, Paulli nomina fictis illorum excerptis ſubjecta, ſine ullo, qui liqueat, ſcopo novi juris interpolandi, ſola fingendi libidine, vel potius inſania, quæ fuerit in hoc luſu dramatico. In favorem libertatis multa contra rationem Juris eſſe conſtituta, Paſſim à veteribus traditum eſt. Inter quæ eſt hoc quod Teſtamento in tempore per Querelam Inofficioſi reſciſſo, libertates non quidem competant; ſed tamen victor quaſi fideicommiſſo à Teſtatore rogatus ſit, libertates iis, quibus relictæ ſunt, præſtare, viginti aureis à ſingulis ſervis pretii loco percipiendis *l. 9.* Quod ſi Querela poſt quinquennium, quo ei præſcribitur *l. 34. inf. C. h. t.* inſtituta, & ex magna juſtaque cauſa admiſſa ſit, hæc tamen reſtitutio vel indulgentia non revocat libertates, quæ jam ipſo jure competierunt, vel etiam de facto preſtitæ ſunt, ita tamen, ut victor adhuc aureos xx à ſingulis accipiat *l. 8. §. ult.* Numquid eſt in hac re tam inſolens, quam eſt in eo, quod D. Marcus ſtatuit Libertates in Teſtamento, in quo nomen heredis inductum & deletum eſt, ipſas licet deletas inductas, tamen eſſe præſtandas, idque gratis, mero favore libertatis, ut eſt in *l. 3. infin. d. His quæ in Teſtam. del. induc.* Faber tamen quicquid eſt in *his ll.* falſum à Triboniano confictum, & à ratione juris alienum eſſe contendit. Ut de L. 9. prius agamus. Primo illam eſſe Triboniani vel inde patere maxime dicit, quod ſcriptum eſt *libertates non competunt*, Pro eo, quod ſcribi debuit; *Libertates nunquam competiiſſe intelliguntur.* Quo nihil eſt futilius. Præter enim quod nihil intereſt, originem an eventum rei ad quem Modeſtinus ſpectat, exprimas; quid aliud eſt, quod hic habetur, quam quod habuimus in *l. 8. §. 16.* Teſtamentum ex poſt facto cenſeri *ipſo jure reſciſſum*; Ita, ut poſt Querelam nec libertates nec legata, nec fideicommiſſa competant. Verum eſt enim ante Querelam, ſive victoriam ipſo jure illa competiiſſe. Quia teſtamentum, quamdiu reſciſſum non eſt, ipſo jure valet *pr. Inſt. Quib. mod. teſt. infirm. & tit. ſeqq. Nov. 115. c. 3. paſſim.* Unde re ſubtilius exacta, magis proprie libertates obtenta Querela, non competere dicuntur, quam ante Querelam. Accuſat deinde Faber hæc verba, *Paulus ait*; *Præſtaturum fideicommiſſarias libertates.* Cum enim Querela Teſtatorem faciat inteſtatum, quaſi furioſus fuiſſet *l. 2 l. 6. §. 1. h.* libertates æque ac alia legata intercidere neceſſe eſt; *Unde falſum hoc eſſe dicere cogor*, inquit ille. Sed quod alias in favorem libertatis extra ordinem receptum eſſe conſtat, & quod nominatim probavimus ex *l. 3. d. His q. in Teſtam. del.* non patitur huic argumento eam tribuere vim quam Faber prædicat. *Nunquam mihi perſuadebo*, ait, *ita ſcripſiſſe Paulum*, *cujus contrariam video ſententiam in ipſius ad Scævolam nota in l. Titia 13. h. t.* Quæ nihil habet, quam Fideicommiſſa poſt obtentam querelam non deberi; De libertatibus, nihil: Ergo nihil ad rem. *Sed me illud magis*

moves,

movet, ac pene torquet, ait, *quod non video, à quo hoc fuerit conſtitutum, ut in ſingula capita ſervorum manumiſſorum viginti aurei præſtandi ſint.* Et mox: A quo *igitur, niſi à Tribóniano Imperatorem, ut paſſim ſolet, agente in reſponſis Prudentium corrumpendis?* Atqui æſtimationem ſervorum vulgarem fuiſſe viginti ſolidorum Imperator Conſtantinus auctor eſt in *l.* 4. *C. de ſerv. fugit.* idemque ab Imperatore ſuo conſtitutum Papinianus in *l.* 47. *d. Manum. teſtam.* quod ſecundum genera ſervorum diſtinctim præſcripſit Juſtinianus in *l.* 1. §. 5. *C. de Comm. ſerv. man.* Unde Bocelmannus olim Anteceſſor Lugdunenſis Bataviæ argumentum ſumpſit libelli cujus inſcriptio, *Medicus ſexaginta ſolidis æſtimatus.* Hæc igitur imbecilla Fabriana ſunt.

2. Sequitur, ut ad §. *ult. L.* 8. reſpondeamus. Negat Faber Libertates, reſciſſo poſt tempus Querelæ præſcriptum Teſtamento, minus eſſe revocandas, quam ſi in tempore mota ſit Querela. Utroque caſu Inteſtati exitum eſſe nec ideo valere libertates. Atqui ſublata vi præſcriptionis Querela, ipſo jure competunt libertates, Et ſemel competentes revocari non poſſunt *l.* 9. §. 1. *d. Manum. vind.* Attamen, quia Teſtamentum extra ordinem reſciſſum fuit, heres victor pretium ſervorum ordinarium recipit. Quid in hoc abſurdi, vel incongrui? Quod præterea negat Faber, ullam dari cauſam juſtam, ex qua poſt quinquennium dari poſſit Querela, primo concedendum eſt ei non bene deſignatam eſſe cauſam in minore annis 25. cum adverſum eum hæc præſcriptio quinquennalis ipſo jure non currat *l.* 2. *C. In quib. cauſ. reſt. in int. neceſſ. non eſt.* Sed an à Præſcriptione temporali, nulla præter ætatem cauſa reſtitutionis datur; Nec Edictum Prætoris, *ſi qua mihi juſta cauſa* ad illas non pertinet? Imo vel maxime ad illas, ut patet ex ipſo Edicto, quod eſt in *l.* 1. §. 1. *Ex quib. cauſ. maj.* Poſtremo grammaticam accuſat Faber, eo quod duo infinitivi in *hoc* §. *ult.* ſine regimine ponuntur. Quod tamen & ſæpe fieri certum eſt, omniaque minutiſſima à nobis in digeſtione legum peccata vindicari non intereſt Eunomiæ, quam hic ſatis ſalvam eſſe putamus.

Marcellus Lib. III. Digeſtor.

Si pars judicantium de inofficioſo teſtamento contra teſtamentum, pars ſecundum id ſententiam dederit, quod interdum fieri ſolet; humanius erit, ſequi ejus partis ſententiam, quæ ſecundum teſtamentum pronuntiavit: Niſi ſi aperte judices inique ſecundum ſcriptum heredem pronuntiaſſe apparebit. l. 10. *d. inoff. teſtam.*

1. Bernardus Autumnus *Cenſ. Gall. ad h. l. Finge*, ait, *pars judicum judicat pro teſtamento, pars contra teſtamentum, hoc eſt, pro herede, pars contra prò exheredato: Pares ſunt ſententiæ judicum; eam patrem ſequendam cenſet Marcellus, quæ pro teſtamento facit, ut explicat Cujacius* (verba Marcelli ſatis clara ſunt,) *quod* BARBARUM & INHUMANUM *apparet ex Conſtit. Juſtiniani* Omnimodo 30. *C. eodem.* Adducit & Gajum, qui in *l.* 4. *h. t.* dicat, *Non eſt conſentiendum parentibus, qui injuriam adverſus liberos ſuos teſtamento inducunt; quod plerumque faciunt, malignè circa ſanguinem ſuum inferentes judicium, novercalibus delinimentis inſtigationibuſve corrupti.* Omittit Autumnus Pauli & Scævolæ dictum ad rem pertinens:

ex l. 19. d. liber. & poſtum. hered. inſt. vel exhered. ubi tradunt, *aliam eſſe cauſam inſtitutionis, quæ benigne accipitur, aliam exheredationis quæ adjuvanda non ſit.* Pœnalia in univerſum eſſe odioſa & reſtringenda ſatis conſtat, in primis talia, quæ liberos à Parentum hereditate jure naturæ ſibi debitâ ſecludunt.

2. Non pigebit hic adſcribere verba Wiſſembachii noſtri, libentius ideo, quod cum alioqui proclivis ad Cenſuram juris Romani ſit, hac in re valde ancipiti, partes Eunomiæ Juſtinianeæ ſuſcipit. Exheredatio filii, *inquit*, rite & rectè à Patre facta, tantum abeſt, ut ſit odioſa, uti favore potius digna cenſeri debeat. Filium inſigniter ingratum, hujus ingratitudinis dare pœnas, juſtum eſt. Quæ ſunt odioſa odio irrationabili, coarctanda ſunt & reſtringenda: in odioſis vero odio rationabili, interpretationi & extenſioni eſſe locum, multis juris noſtri locis adſtruitur. Poſito ergo, filium rite exheredatum ac teſtamentum vitioſum non eſſe, ſi filius ſe injuſte exheredatum eſſe in judicio queratur, in dubio præſumptio militabit pro Patre, qui non temere & ſine causâ filium exheredaſſe, non præcipiti conſilio iſthoc eum fulmine feriiſſe, ut Quintilianus loquitur, judicatur, vide *Franciſc. Sarmient. 4. ſelect. interpr. ad rubr. d. lib. & poſt. Franc. Duar. ad h. tit. c.* 16. Hactenus D. Wiſſembach; Ad quæ in promptu eſſet Autumno regerere; In ſpecie noſtræ *L.* 10. non eſſe ponendum, quod ponit Vir Cl. filium rite & juſte exheredatum eſſe, ob inſignem ingratitudinem. His poſitis, & poſito, valere teſtamentum, Autumnus ipſe non recuſaret Marcelli ſententiam; verum hic eſt quæſtio de caſu, quo dubitatur, an teſtamentum valeat, an filius ſit ingratus & an juſte ſit exheredatus; cum pars judicum ita quidem ſenſerit, pars æqua in alia omnia iverit, & exheredationem fuiſſe injuſtam pronuntiaverit. Quod autem de præſumptione pro judicio Patris adfertur, id ex *l. 3. & 4. h. t.* quæ de corruptis Patrum affectibus, inſtigationibus & blanditiis novercalibus agunt, refelli poſſe videtur. Nec ad Pauli & Scævolæ auctoritatem ex *l. 19. d. lib. & poſtum.* in mentem venit reſpondere D. Wiſſembachio.

3. Plane Humanitatis rationem adſerere Marcelli ſententiæ, licet hac ipſâ ſibi placeat ille; cum Paulus & Scævola benignitatem ei tribuant ſententiæ, quæ eſt oppoſita exheredationi, *d. l.* 19. difficile factu videtur: Sed probare, juridicam eſſe Marcelli definitionem, non eſt difficile. Nam paribus ſententiis res manet in ſtatu præſenti. Filio exheredato, teſtamentum extat rite factum, quo heredes ab inteſtato excluduntur, ſane quamdiu non eſt ſubverſum *l. 39. d. Acquir. hered.* Paribus judicum ſententiis ſubverti non potuit illud Teſtamentum. Ergo non poteſt alius eſſe judicii exitus, quam ut res maneat in ſtatu ſucceſſionis teſtamentariæ, ac ita pro herede ſcripto judicetur. Sed videndum, ne non hoc ſit de apicibus juris potius, quam humanitatis, de quâ Marcellus gloriatur. At ego probo, hanc eſſe humanitatis rationem, quâ paribus judicum ſententiis, reus abſolvitur *l. 38. d. Re Judic.* quod humanitati merito adſcribit Seneca, in verbis ex 11. *epiſtol. Reus*, inquit, *ſententiis partibus abſolvitur, & ſemper quicquid bonum eſt, humanitas inclinat in melius.* Atqui in hac controverſiâ de inofficioſo teſtamento filius exheredatus eſt actor; heres ſcriptus eſt reus, pro quo idcirco in dubio reſponderi & pronuntiari, jubet illa ratio humanitatis, quæ vult, reum eſſe favorabiliorem, quam ſit actor, *l. 125. d. R. J.*

4. Sed

Digitized by Google

4. Sed intelligo, qui cum Autumno ſentiat, cum hanc regulam juris exiſtimaturum, hic loci contra naturam cauſæ trahi. Filius exheredatus eſt in prædicato paſſionis & miſeratione dignus, in quem favor humanitatis inclinare debeat, uti ne bonis paternis evolutus egeat; neque remotum adhuc eſt Pauli & Scævolæ benignitatis judicium, ex *d. l.* 19. Hoc igitur teſtimonium quod attinet, diſtinguendum reor, inter judicium de requiſitis *juris* ad exheredationem neceſſariis, & de juſtitiâ cauſarum, quæ patrem moverunt ad exheredandum, & quæ *facti* ſunt. De prioribus agitur in *l.* 19. Exheredatio eſt, quaſi ſententia mortis à patre lata contra filium; Eſt enim declaratio, quod ſit indignus, qui vivat; alimentis privatus, adeoque ad ſtatum redigendus, in quo vita ſupplicium, mors ſolatio futura ſit. Hanc ſententiam Leges multis requiſitis obſeptam fecere difficilem, ne pater ullo modo ad eam progrederetur, niſi animo plane preemptorièque determinato, cum via Inſtitutionis & beneficii plana ſit & libera; Et hoc Paulus ac Scævola volunt *in d. l.* 19.

5. Sed quando Pater animum ita induxit ac obfirmavit, ut omnia juris requiſita in exheredando filio obſervaverit, ſi tum de cauſis, quæ moverint illum & determinaverint, ambigatur, quid dicemus? An non humanitatis eſt hæc præſumptio, quod parens ad tam gravem ac atrocem contra filium ſententiam non fuerit progreſſurus, niſi ad extremas patientiæ lineas redactus, juſtaque in filium irâ incenſus ita conſulendum putaſſet? Enimvero ſi apparuiſſent inſtigationes & blanditiæ novercales, haud ita è diametro judicum ſententiæ *in h. l.* diſcrepaſſent. Facta dubia fuerint oportet, quibus divulſæ fuere judicantium opiniones. Et fortior eſt ratio, quin etiam humanior, id eſt, humanæ naturæ convenientior, inclinare in eam partem, quæ non tam facile Patri prolis amorem & prudentiam defuiſſe, quam in filio abundaſſe procaciam & nequitiam præſumat: Cui ſi addatur ratio neceſſitatis juridicæ, quæ paria judicum ſuffragia reo addicit, nec quicquam novi, ſine prærogativa numeri ſententiarum admittit, nihil amplius ambigendum ſupereſt, quin hic locus à Cenſura liberandus, abſolvendus ſit.

Paulus Lib. 2. Quæſt.

Unde ſi de inofficioſo teſtamento patris alter ex liberis exheredatis ageret: quia reſciſſo teſtamento, alter quoque ad ſucceſſionem ab inteſtato vocatur, & ideo univerſam hereditatem, non rectè vindicaſſet, hic, ſi obtinuerit, uteretur rei judicatæ auctoritate, quaſi Centumviri hunc ſolum filium in rebus humanis eſſe nunc, cum facerent inteſtatum, crediderint. l. 17. *§.* 1. *d. Inoff. Teſtam.*

1. Contra ſententiam hujus loci cum diſputet Faber, intelligit Lector, eum in Triboniani calculos referri; cujus plagis accipiendis tergum latius eſt, ſcilicet, quam veterum Juris-Conſultorum. Ex ratione juris admitti non poſſe diſtinctionem, utrum heres ſcriptus reſponderit, vel non. Etſi per defectum heredis non reſpondentis Teſtamentum ſit reſciſſum. Legata nihilominus peti non poſſe; contra quam in *h.* §. Quia licet heres non reſponderit, ſententia tamen non tam

ver-ad

adverſus heredem, quam contra Teſtatorem vel potius Teſtamentum fertur ablata ei factione Teſtamenti, ſine qua libertates & Legata nullo modo valere poſſunt. *Qua ergo fronte legatarii petere poſſunt legata, ex teſtamento per eum facto, qui furioſus ac demens fuiſſe exiſtimetur*, ait ille. Dicam, unde conſtat, Teſtatorem compertum eſſe furioſum aut judicium ejus inofficioſum? Siquidem de meritis Querelæ non fuit diſceptatum; Sed moventi Querelam hereditas adjudicata fuit, ob heredis ſcripti contumaciam, non per cauſam iniquæ accuſationis. Ergo bene Juriſconſultus & temere Faber centor. Cujus jam nulla ratio criſeos quam ſic inſtituit: *Non dubito*, ait, *quin Paulus ita* ſcripſerit; *Cum contra Teſtamentum ut Inofficioſum judicatur, teſtamenti factionem defunctus habuiſſe non creditur, & ideo libertates non competunt, nec legata debentur*; dimidia parte §. inductâ, & duabus inſertis negationibus, quaſi à Triboniano additis aut ſubtractis. Oſtentatio inanis ingenii verſa in contrarium.

Tryphoninus Lib. 17. Diſputat.

Filius non impeditur, quo minus inofficioſum teſtamentum matris accuſaret, ſi pater ejus legatum ex teſtamento matris acciperet; vel adiſſet hereditatem, quamquam in ejus eſſet poteſtate, nec prohiberi patrem, dixi, jure filii accuſare, nam indignatio filii eſt. l. 22. d. Inoff. Teſtam.

1. Notum eſt hunc textum dediſſe occaſionem Alciato 4. *Paradox.* 3. adſentiente Duareno, *ad h. t. c.* 15. ſtatuendi Bona materna filii olim etiam effugiſſe paternam acquiſitionem, ſaltem, ut quidem limitant Avetinus & Decius apud Pinellum ad *l. 1. d. Bon. mat. n. 22. in pr.* in caſu Querelæ inofficioſi: Quod cum aliter conſtet ex §. 1. *Inſt. Per quas perſ. cuique acquir. & ex l. 1. C. de Bon. mat.* ubi primus Imperator Conſtantinus hoc jus introduxit, quo filiis proprietas, uſusfructus Patri addicitur; ſecus autem erat Jure Pandectarum *l. 79. d. Acquir. hered.* Ideo Quot & quam variæ, ad hoc concilliandum interpretationes hujus loci dentur, videre licet apud Pinellum *part. 1. ad l. 1. de bon. mat. n. 21. & ſeqq.* Quas omnes Faber una litura delet, eoſque nihil ſapuiſſe docet, eo quod non animadverterint Triboniani flagitium, qui ſub nomine Tryphonini ſit auctor *hujus* §. 1. In quam rem quæ prolixe diſputat, ea rurſus uno ſpiritu diflantur, hac interpretatione, quam Pinellus probat ex Socino ad *d. l. 1. n. 24.* & hos ſequutus D. Wiſſembachius *ad h. t. n. 7.* Patrem hic non eſſe queſtum de Inofficioſo, ut commodum victoriæ filio pararet; hoc enim illo tempore fieri non poterat; Sed filium moviſſe Querelam, ut Patri commodum victoriæ pararet; Quod ſi eſt ita, cadunt omnia, quæ Faber aliique movent vel ad explicandum, vel ad arguendum Tribonianum. Eſſe autem ita non modo nihil eſt in Textu quod prohibeat, ſed juris ratio, ut diximus, id omnino exigit. Nec quenquam moveat, quod in *fine pr.* Poſitio eſt, quod filius non impeditur accuſare teſtamentum matris inofficioſum; Cui ſubjungitur Quæſtio, ſi non obtinuiſſet: in accuſando, an quod *Patri* legatum fuit, publicaretur; Nota *Patri*, quod non diceret, ſi Patri Querela daretur. Quid enim hoc eſſet? Quærebatur: ſi Pater non obtinuiſſet, an quod

Patri &c. Major inconcinnitas illa foret, quam in iis quæ Faber objicit: quale eſt hoc; Inconcinnum eſt, inquit, hoc, an quod Patri datum eſt publicaretur; Scribi debuit, *quam datum eſſet*. Nugæ, nec Grammatica id exigit omnino, nec Juriſconſulti talibus adſtringi ſe patiuntur. Quid vero Faber non arguit hujus *L. princip.* ubi Impeditur, quominus accuſaret. Quid ni ſcriptum oportuit, *accuſet*. Mox, *Accuſaret*, *ſi pater legatum accipiet*. Imo acciperet. In his Faber nihil deſiderat. Quod eſt levius redarguit. Alia ſunt quæ perſequi piget, *ad h.* §. 1. Pergit adverſus §. 2. Filius agens Querela deceſſit, Ego heres filii & legatarius in Teſtamento Querelam perſequor & ſuccumbo. Legatum mihi non negatur: Quod ſi proprio nomine egiſſem, amitterem. Pœnalis hæc conſtitutio non extenditur, ultra eum, qui primitus ultro movit Querelam, non ad heredem, qui magis incidit in illam, quam elegit. Quid Faber ad hæc? nihil quam ſua commenta; non levius offendere memoriam Teſtatoris heredem, quam defunctum & ſimilia, quæ ex hypotheſi ratione jam reddita facile refellas. Captat ultima verba; *Utique ſi jam defunctus agere cœperit*, ut ſupervacua, jam præmiſſo, *filius agens deceſſit*: Cujuſmodi repetitio nonniſi in Triboniani ineptiam cadat. Quaſi Tryphonino indignum eſſet, rationem deciſoriam, ne lectorem falleret, inculcare denuo. In §. *ult.* culpat rationem; *Quia non ſum indignus, ut auferatur mihi à Fiſco quod derelictum eſt; Cum non proprio nomine, ſed jure cujuſdam ſucceſſionis egi.* Ratio duplex inepta & principium petens. Acumen hominis. Poſitio eſt. Arrogator nomine filii adrogati movens Querelam & ſuccumbens, legatum ſibi relictum non perdit. Quid ita? Cum legatarius per Querelam ſe indignum legato reddat? Reſpondetur, non fit indignus: Id enim ſtatutum eſt in eum, qui proprio nomine queſtus eſt, non is qui aliquo modo in Querelam ſucceſſit, ut Arrogator. Nihil hic τὸ ἐν ἀρχῇ reperiet, qui à fine principium diſcernere novit. Quod jus ſucceſſioni negat in Arrogatore, ſi particula *quodam*, non abſolvat hanc calumniam, fruſtra homini loquaci pluribus obſiſtas.

Ulpianus Lib. vi. Opinion.

De inofficioſo teſtamento nepos contra patruum: vel alium ſcriptum heredem, pro portione egerat, & optenuerat. Sed ſcriptus heres appellaverat. Placuit, interim, propter inopiam pupilli, alimenta pro modo facultatium, quæ per inofficioſi teſtamenti accuſationem pro parte ei vindicabantur; decerni, eaque adverſarium ei ſubminiſtrare neceſſe habere uſque ad finem litis. l. 37. §. 3. *d. Inoff. Teſtam.*

1. Duplex nota Tribonianiſmi & erroris à Fabro memoratur. Prima, quod in cauſa Inofficioſi *appellatum* dicitur, cum fuerit cauſa Centumviralis; Et à centumviris non appellabatur, qua de re diximus ad §. 16. *l.* 8. Probat appellari non potuiſſe ex *l. ult. C. de lib. Præt.* quæ nihil ejuſmodi habet. Sed lex *ult. in pr. C. de Petit. Hered.* prædicat *magnitudinem & auctoritatem centumviralis judicii quæ non patiebatur, per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi.* Sed non agit de Appellatione, agit de præjudicio, ne petitio hereditatis eludatur, idem quod eſt in *l.* 5. §. 2. *d. Hered. pet.* Appellari potuit à ſententia de Inofficioſo in Provinciis lata,

ut

ut ipſe Faber concedit. Ex cauſa etiam, id eſt extra ordinem in urbe Judex dari potuit, à quo appellaretur, *d. l.* 8. §. 16. A centumviris autem ipſis ad Principem, conſequenter & ad Præfectum Prætorio, qui vice ſacra judicavit *l.* 16. *C. Theod. de Appell.* ſine dubio appellari potuit. Denique Faber ipſe, multitudine locorum, qui appellationis in hoc judicio meminerunt, hoc Tribonianeæ corruptionis ſpecimen repudiat. Altera Triboniani erroris nota eſt, in his verbis: *Nepos contra Patruum ſuum, vel alium ſcriptum hereredem, pro portione, egerat & obtinuerat.* Hoc adverſus alium quàm Patruum vel qui jus ab inteſtato idem cum nepote habeat, fieri poſſe negat Faber; quia ſi heres alius fuerit ſcriptus, nepos ſolus habens ab inteſtato jus neceſſario totum evertat Teſtamentum, neque *pro parte* agere & obtinere poſſit. Quaſi non ſæpe contingat, ut è pluribus qui de inofficioſo queri poſſunt, unus tantum agat, qui non niſi partem ſuam petit, Etſi alter idem ab inteſtato jus habens ad ſuam partem deinceps admitti poſſit *l.* 17. *in pr. h. t.* Sed hic nihil quam de actione inſtituta ac obtenta, de effectu rei judicatæ nihil adfirmatur. Et ſic irritus eſt cenſuræ Faber.

Ulpianus Lib. VI. Opinion.

De teſtamento matris, quæ exiſtimans periiſſe filium, alium heredem inſtituit, de inofficioſo queri poteſt. l. 27. §. 4. *d. Inoff. Teſt.*

1. Faber: Mihi ut verum fatear, *inquit*, non modo dura, ſed etiam impia videtur hæc ſententia; Ut ſcilicet, filius quem mater ignorans præteriit, cum eum exiſtimaret, non vivere, furioſam eam fuiſſe poſſit & auſit dicere. Poteſt quidem dicere nimis credulam fuiſſe matrem, quæ falſo rumori tam facile crediderit. Sed longe aliud eſt, nimiam credulitatem ei objicere, aliud vero dementiam & furorem. Deinde, quid ſi ab omnibus ita credebatur, filium hunc periiſſe? Quid ſi rumor ab iis cœperat, qui, ut in magno mendacio uſu venire ſolet, dicerent, ſe filium mortuum vidiſſe? An non poſſunt iſta omnia facere, ne quid per furorem & amentiam à matre factum videatur &c. Itaque puto, corruptum eſſe hunc locum, & addita negatione, ſic reſtituendum ut legamus, *de inofficioſo queri non poteſt.* Hactenus Faber, cujus cenſura probabilior fit ex *argument. L. ſeqq.* 28. quæ ſic habet.

Paulus Lib. ſingul. de VII viral. jud.

Cum mater militem filium falsò audiſſet deceſſiſſe, & teſtamento heredes alios inſtituiſſet: Divus Hadrianus decrevit, hereditatem ad filium pertinere: ita ut libertates, & legata præſtentur, hic illud adnotatum, quod de libertatibus, & legatis adſcitur. Nam, cum inofficioſum teſtamentum arguitur, nihil ex eo teſtamento valet l. 28. *d. Inoff. Teſtam.*

1. Hanc legem veteres Azo, Bartolus aliique vulgo, ita accipiunt, quod filius miles hic etiam moverit Inofficioſi Querelam, cum alioquin à matre præteritus

ritus hereditatem conſequi non potuerit §. *ult. I. de lib. exhered.* Sed inexpectatum eſt, quod ex Hadriani reſcripto hereditates & legata præſtentur, cum è teſtamento per Querelam reſciſſo, jure Pandectarum nihil valeat aut debeatur. Ideoque in verbis *ſeqq.* Paulum id improbaſſe volunt, ut verbo *notandi* plerumque deſignatur: vel, ſi Juriſconſultum Imperatoris ſententiam improbaſſe nefas eſt dicere, id ut valde inuſitatum & Imperatorium adnotaſſe Paulum dici poteſt. Quid Faber. Prolixè & acute diſputat, Hardrianum adjudicaſſe hereditatem filio quaſi inſtituto, ex præſumpta matris voluntate, quæ ſi filium vivere ſciſſet, cum ſine dubio heredem inſtituiſſet. Hinc eum ad hereditates & legata præſtanda teneri, quibus ſi per Querelam obtinuiſſet, nullo modo, præſertim miles, obligatus fuiſſet. Filium à matre præteritum maternæ pietatis conjecturâ loco heredis ſcripti habendum probat ex *l.* 3. *C. h. t.* Sed quod ibi additur, ſi quidem extranei ſint heredes Querelam præterito dari, probat hic etiam Querelam convenire; quoniam & in hac ſpecie heredes extranei ſint inſtituti. In *l. ult. C. de Heredibus inſtit.* quam etiam adducit, nihil huc pertinens extat. Secundum hanc interpretationem ſtatuit Faber §. *ult. l.* 27. ab imperito interprete quondam ad marginem fuiſſe adjectam, ut argumentum ac epitomen *l.* 28. qui ſic etiam erraverit, ut Bartolus, Azo aliique, intelligendo *l.* 28. de Querela Inofficioſi. Quam epitomen ad oram libri appictam librarii deinceps in textum, ut partem *l.* 27. receperint. In qua opinione Faber ita diſputando incaluit, ut hanc ſuam interpretationem non conjecturam, verum *ſententiam* eſſe prædicet. Arguit etiam τὸ *Queri* in §. *ult. l.* 27. paſſive poſitum ſolœcè. Quid dicemus? Ure, ſeca corpus male ſanum Juris? Imo abſtineamus chirurgia, ubi non eſt deſperata medicina. Legem 28. de caſu Querelæ accipiendam eſſe, probat analogia Juris, quæ non dat aliud filio à matre præterito remedium, & præcedens §. *ult.* & ultima *l.* 28. verba, quæ arguunt Paulum illam facti ſpeciem accepiſſe de Querelâ. Sed cur filius miles ad legata præſtanda tenetur, quæ per Querelam intercidiſſent? Quia materni erroris innocentia meretur, ut ejus voluntas ex parte ſervetur, quatenus filium ſi vivere ſciſſet, exheredaſſet, equidem minime facile tamen legatis aliquot & libertatibus oneraſſet. Hac etiam ratione minuitur cenſura Fabri, quod durum & impium ſit, matris ut furioſæ judicium accuſare, quod fit per Querelam *l.* 2. *h. t.* quatenus hoc non fit, quia legata ſaltem quæ reliquit, ſervantur. Id enim ex *l.* 28. reducendum ἐκ κοινοῦ ad §. *ult. l.* 27. omnino ſtatuendum. Præter quod Faber iſtum furorem odioſe captet ut maternæ contumelioſum memoriæ, cum ſatis conſtet, eum à Juris auctoribus eſſe repertum reverentiæ erga parentes conſervandæ cauſâ, qua de re diximus ad *l.* 2. *h. t.* Particulam *Queri* paſſivè poſitam, vel non mirabitur, qui *deponentia* pleraque medii uſus eſſe meminerit, inprimis in Jure frequenter, ut tuebitur in *L.* 17. *d. Injuſt. Teſtament.* vel dicet, conciſe vocem *filius* omiſſam & detritam.

Paulus

Paulus Lib. ſingurali de v r τ viral. judic.

Si heres extiterim ei, qui ex teſtamento inſtitutus eſt, quod de inofficioſo arguere volo, non mihi nocebit: maximè ſi eam portitionem non poſſideam, vel jure ſuo poſſideam. l. 31. §. 2. *d. Inoff. Teſtam.*

1. Quid hoc eſt? Meus cognatus heres inſtitutus eſt à Patre meo, & ego exheredatus, mox heres factus ſum illius cognati mei. Quid opus mihi Querela, cum ipſam hereditatem, quam per Querelam petere volo, mediate adeptus ſum? Bartolus hoc caſu Querelam adverſus legatarios, ſaltem exceptionem, ſi petant legata, ut in *l.* 8. §. 13. *h. t.* moveri putat. Sed melius Faber, cognatum cui filius ſucceſſit, pro parte fuiſſe heredem à Patre ſcriptum. Partem reliquam filius à coheredibus per Querelam petet, quia nihil percepit ex judicio Patris, quod ipſum à Querela excluderet. Ideoque licet illam partem quam cognatus è teſtamento Patris adeptus eſt, poſſideat; eâdem ratione non videtur à Querela contra alios heredes excludendus. Ideo verſum hunc; *maxime ſi eam portionem non poſſideam, vel jure ſuo paſſideam*, cenſet imperitè à Triboniano eſſe adjectum: Et præterea hæc verba, *jure ſuo* eſſe corrupta; legendum, *prò ſuo.* Sed cui bono Tribonianus hunc verſum adjeciſſet? Ipſe fatetur Faber, ſi non poſſideat filius illam partem, quam cognatus è teſtamento Patris ipſius adeptus eſt, liquidiorem eſſe cauſam illum admittendi ad Querelam. Quod ſufficit ad uſum & ſenſum hujus verſiculi; Idemque τὸ *maxime* præ ſe fert ac indicat. Verba *ſuo jure*, videntur hoc velle, ſi partem illam alio quam hereditario jure, peculiari, proprio jure veluti emptionis poſſideat. Atque hoc verba *ſuo jure* latine & eleganter ſignificant.

Paulus Lib. ſingul. de Inoff. Teſtam.

Si legatario heres exiſtiterit exheredatus; petieritque legatum: videbimus, an ſit ſummovendus ab hac accuſatione. Certum eſt enim judicium defuncti: & rurſus, nihil ei ex teſtamento relictum, verum eſt. Tutius tamen fecerit, ſi ſe abſtinuerit à petitione legati. l. 32. §. 4. *d. Inoff. Teſtam.*

1. Hunc quoque §. à Triboniano male eſſe conſutum & Paulo intruſum cenſet Anton. Faber. Quod ut examinetur, idonea paraphaſi locum illuſtrabimus. Pater, exheredato filio, uxorem heredem inſtituit, fratri legatum reliquit. Hic frater filium Teſtatoris exheredatum reliquit heredem ſuum. Et hic legatum patruo ſuo relictum petit è teſtamento Patris. Quæritur, an hac petitione legati amittat Querelam? Ratio adfirmandi, quia *certum eſt judicium defuncti*, à quo legatum debetur. Petendo igitur hoc legatum, filius agnoviſſe videtur judicium defuncti, ac ita Querelam amittit. Ex adverſo verum eſt, nihil iſti filio eſſe relictum in Teſtamento, cujus agnitione amittere debeat Querelam. In dubio tamen tutius à petitione legati abſtenturum eſſe concluditur. Quid in his abſurdi? Nam quod Faber ait, modum ita dubitanter loquendi & diſputandi Triboniano eſſe familia-

miliariſſimum, ideoque eundem inde redargui autorem *hujus* §. tam vanum eſt, ut potius inde pro veteri auctore præſumendum ſit, cum illos ita paſſim differentes videas. Ulpianus in *l.* 3. §. *ult. Naut. caup ſtabe Noviſſime*, ait, *videndum* &c. *Et Pomponius dubitat*: *Sed magis eſt &c.* Ea nempe in conſulendo & reſpondendo ſuit veterum JCtorum modeſtia, ut hæſitabundi & quaſi fluctuantes judicarent de re, de qua minime ambigebant, quod conſertim obſervantes Interpretes, adductis plurium locis, probat Wiſſembachius *ad Tit. ff. de Pignor. n.* 2. Idcirco nec alienus ſim ab eo, quod Faber exiſtimat, ultimis verbis, utcunque ſuſpenſis indicari ſententiam; abſtinendum eſſe petitione legati, decretoriam: ut Querelæ jus ſit illibatum. Verum quod Faber rationes dubitandi inanes & Paulo indignas judicat, in eo injuriam facit & Paulo & Triboniano, ut è dictis colligi poteſt: Nec enim pluribus verbis ad rationes illas contra Fabrum inducendas, uti libet. Sed cur heres legatarii petendo legatum magis excidit Querelâ, quam heres heredis, quem modo vidimus poſſidendo res è teſtamento alii relictas non amittere Querelam? Ratio eſt, quoniam filius exheredatus accipiendo hereditatem, ſibi à ſcripto herede relictam in qua eſt pars bonorum Patris, non agnoſcit hujus judicium. Succeſſionem enim heredis ſcripti habet ex hujus, non ex Patris ſui judicio. Sed legatum etſi non ſibi, ſed alii cujus heres eſt à Patre ſuo relictum petens, agnoſcit Patris judicium, & ſupponit ejus valere Teſtamentum, quod ad ſuſtinendas dubitandi rationes, adverſus Fabri argutias, ſufficit.

Ulpianus Lib. XIV. ad Edict.

Si quis libertatem ex teſtamento ſibi competiſſe dicit, non debebit judex de libertate ſententiam dicere, ne præjudicium de teſtamento cogituro faciat, & ita Senatus cenſuit. Sed & Trajanus reſcripſit, differendum de libertate judicium, donec de inofficioſo judicium aut inducatur, aut finem accipiat. l. 7. in pr. d. Hered. Pet.

Etiam huic legi ut ſubornatæ movet controverſiam toti Faber, ut non modo Ulpiani nomine commentarium finxerit integrum, ſed etiam Senatus-Conſulta & Imperatorum Reſcripta falſo allegaverit. Quo quid inſanius aut ſtultius, & incredibilius? *De principio h. l.* primo quid eſt argumenti? *Competiſſe* libertatem dixit, quæ competit in præſenti. Præjudicium *cogituro* Judici, cum fiat cognitioni, ut Haloânder legit, & legeret Faber ſcilicet niſi Triboniano melius perverſa lectio, quam recta conveniret Denique *induci* judicium, pro *aboleri* negat recte dici. Nihil horum ad arguendam ſubjectionem valet. *Competiſſe*, præter quod ejuſmodi temporum enallagæ JCtis frequentes ſunt; dixit, reſpectu Querelæ, qua Teſtamentum præſumitur reſcindendum, quo facto libertates tamen *competiſſe* dicuntur idemque dum pendet judicium, non eſt inſolens dictio. Præjudicium ut cauſæ, ita judici recte fieri dicitur. Habet enim is quod in judicando ſequatur, ubi quod ſententiæ eventum ſupponit, prædeciſum videt. Libertas in teſtamento relicta per ſententiam approbata ſit, Inofficioſum hoc, id eſt reſcindendum eſſe non poteſt. *Inducere* pro cancellare, abolere, terſum & Latinum ipſique Budæo Latinitatis Arbitro in *hac L.* probatum & melius, quam

Fabri

Fab. i, quod ſubſtituit, excludere. Alia adverſus ſententiam hujus princ. realia non protulit Cenſor: Occupatior ad §. 1. qui ſequitur.

Ulpianus Lib. XIV. ad Edict.

Ita demum autem ſuſtinentur liberalia judicia, ſi jam de inofficioſo judicium conteſtatum eſt. Ceterùm, ſi non conteſtetur, non exſpectantur liberalia judicia, & ita Divus Pius reſcripſit. Nam cum quidam Licinianus de ſtatu ſuo quæſtionem pateretur, & ne maturius pronunciaretur de condicione ſua, nolebat ad liberale judicium ire, dicens ſuſcepturum ſe de inofficioſo teſtamento judicium, & petiturum hereditatem, quia libertatem, & hereditatem ex teſtamento ſibi defendebat: Divus Pius ait, ſi quidem poſſeſſor eſſet hereditatis Licinianus, faciliùs audiendum: quoniam eſſet hereditatis nomine judicium ſuſcepturus, & erat in arbitrio ejus; qui ſe dominum eſſe dicit, agere de inofficioſo teſtamento judicium: nunc verò ſub obtentu judicii de inofficioſo teſtamento ab ipſo Liciniano non ſuſcepti per quinquennium non debere moram fieri ſervituti. Planè ſummatim æſtimandum judici conceſſit, an fortè bona fide imploretur judicium de teſtamento: &, ſi id deprehenderit, præſtituendum modicum tempus: intra quod ſi non fuerit conteſtatum, jubeat judicem libertatis, partibus ſuis fungi. l. 7. § 1. d. Hered. Petit.

1. Quando res in hoc erat, ut Querela expectaretur, judicium de libertatibus in Teſtamento relictis differebatur, ut in *pr.* ſcriptum. Id hic limitatur; ſi judicium Inofficioſi jam conteſtatum ſit, adde, vel ſperetur conteſtatum iri: Nam ſi hoc incertum fuerit, non differtur. *Et hic primus verſiculus*, ait Faber, *Triboniani manum & inſcitiam in tota hac lege detegit, non enim judicii conteſtatio fit ſed litis l. un. C. de Lit. conteſt.* Atqui litis nomen omnem actionem ſignificat *l. 36. d. V. S.* Actio autem & Judicium pari paſſu ambulant, ut definitio Actionis indicat. Quin auſim dicere, *judicium conteſtari*, propriiſſime dici, utcunque *litem conteſtari* magis obtinuerit. Feſtus; *Conteſtari litem dicuntur duo aut plures adverſarii, quod ordinato judicio, utraque pars dicere ſolet, Teſtes eſtote.* Hoc eſt, veriſſime, *Conteſtari judicium*, id eſt, adhibitis teſtibus agnoſcere judicium ordinatum, quod actu mox apud judicem inſtituebatur. Fruſtra igitur Faber: Non eſt Judicii conteſtatio, ubi nullum adhuc eſt judicium. Imo judicium eſt ordinatum à Prætore, quod ipſum partes conteſtantur, antequam id apud judicem peragant. Dixi accuratè in *Prælect. ad Tit. de Judic. n. 21. ubi de Lit. conteſt.* Arguit etiam *conteſtari* paſſive dictum; quod ait, ſolius eſſe Triboniani, cum ſit *deponens.* Furor hominis! Cum nihil vulgatius, *Lis conteſtata* ubi non? Videſis Briſſonium in *Lite*, à verbis, *Interdum paſſive*, & ingens textuum agmen ſequitur Arguit adhuc, *Expectari*, pro differri. Quid ſibi vult? Querelam minatur filius. Expectatur liberale judicium tantiſper. Ecquid hic inſolens, aut detortum? Ad rem verò; Falſum ait eſſe, non differri liberale judicium, ſi lis conteſtata non ſit, quod hic habetur. Indigna captio! Quis non videt ex re ipſa & exſequentibus verba, *ſi non conteſtatur*, hunc habere ſenſum; *ſi conteſtatio plane non fiat*, vel incerta ſit, ferè ut Accurſius, contra quam Faber invita ſi non grammatica, Dia-

Digitized by Google

lectica ſane argutatur, ut Accurſii quoque ſenſum Cujacius ſequitur 9. *obſ.* 27. ſicut eundem, adfirmant rem ea quæ ſequuntur. Nam facti ſpeciem quæ ſubjicitur ex reſcripto Divi Pii non convenire propoſitioni, de tempore lites conteſtatæ in puncto acceptæ, palam eſt; unde non error Triboniani, quem falſo arguit Faber, ſed intellectus Ulpiani in *principio* §. recte probatur, cum ſcilicet non litem conteſtatam præciſe, ſed ejus ſpem indigitaſſe, ut etiam in *fin. h. l.* eandem adhuc rem tractans, ait circumſpectius, *licet judicium de Teſtamento moveri ſperetur.* Species facti, quam Faber inepte à Triboniano hic adhibitam ineptus ipſe, contendit, & de qua Gloſſa laborat, hæc eſt opinor. Licinnianus ſervus heres inſtitutus & manumiſſus à domino, in teſtamento à filio Teſtatoris exheredato in ſervitutem vindicatur. Replicat ſe eſſe heredem & liberum. Veniat filius & agat Inofficioſi; Ego, inquit, ſuſcipiam judicium, & vice verſa hereditatem petam; per reconventionem. Interim differendum eſt liberale judicium, ne fiat præjudicium. Bene, ait D. Pius, ſi Licinianus poſſidet hereditatem. Tunc enim filius agere poteſt Querelâ & litem conteſtari, cum vult. Si vero filius poſſideat hereditatem, & vindicet Licinianum in ſervitutem, hic petere non poteſt ut judicium liberale differatur prætextu Querelæ. Nam hanc filius poſſidens hereditatem non movebit, ut fruſtra Licinnianus ad judicium Inofficioſi quod toto quinquennio incertum eſt, provocet. Ipſe petat hereditatem incontinenti vel petat à judice modicum tempus, intra quod petat hereditatem, ad quam filius per Querelam reconventionis modo reſpondere tenetur. Hæc ſpecies ſi bene cohæret, ut, puto, exactè cum *pr. & fine h. l.* conſentit, infinita Fabri diſputatio in irritum evaneſcit. Quid in phraſibus hæreamus? *Cum patiebatur*, *nolebat*, pro, *pateretur*, *nollet*, quibus Grammatici promiſcue ſubjectivo vel indicativo utuntur, ut JCti inprimis talium incurioſi ſunt, Faber pro ſolœciſmis Triboniani habet. Faber: Ergo ne quod Ulpianus idem habet, *cum prædiximus*, *in l.* 20. §. 4. *h. t.* quod alius diceret, *prædixerimus*, id etiam Triboniano adſcribet? Non tacit ipſe Faber id quidem. Ne hoc quidem *Cum* imperator *reſcripſit*, pro reſcripſerit, in *l.* 26. *d. Pign. act.* Alibi; *Quod cum eſt*, pro *ſit in l.* 7. §. 6. *h. t.* Inſultem lectori plura cumulando, obvia paſſim, Captat etiam, *ne maturius*, pro, *ut tardius*, pronuntiaretur: quod ſcribi debuiſſet, ait, male; Nam ſi quid interſit Licinnianus fugiebat liberale judicium; Nec id agebat, *ut*. Sed *ne* pronuntiaretur. Verba Dicens *Suſcepturum ſe de inofficioſo teſtamento judicium*, *& petiturum hereditatem*, Faber ita emendat, *& petitionem hereditatis.* Sed hoc ut Supervacuum expoſitione noſtrâ occupavimus. An & hæc Tribonianiſmi excuſabimus, quod invidet Faber, *agere de inofficioſo teſtamento judicium*, pro, *agere judicio.* Agendi verbum quam variè ſumatur & conſtruatur, omnibus notum eſt. Atqui *agere crimen*, dixit Martianus in *l.* 3. *Expil. Heredit.* Litem agere *l.* 3. §. 2. *d. Tutel.* ubi Ulpianus idem qui hic. Imo Gajus in *l.* 28. §. 1. *d. Stipul. ſerv.* ita ſcribit; *Eum ſocietatis judicium rectè acturum.* Plura habet Briſſonius in *Agere* & Agi; Judicium enim Agi eſt in *l.* 1. *l.* 20. *l.* 40. *l.* 48. *l.* 55. *Famil. erciſc.* quod eſt ejuſdem uſus cum *agere*. Gratis igitur Faber, *Quis unquam ex Prudentibus ita locutus fuiſſet?* Prætereo cætera leviora. Poſtrema verba, quæ Faber ex omnium Interpretum ſententia monet eſſe difficillima & obſcuriſſima, ſatis occupata ſunt in expoſitione

ſione noſtra *verbis ultimis*, ut prolixam Fabri diſputationem, & inſectationem Triboniani perſequi & refellere nihil opus ſit; ut mihi quidem videtur. Ad §. *ult.* etſi ſtylus à prioribus non abhorret, nihil ad Eunomiæ rationes pertinens movet Faber.

Ulpianus Lib. xv. ad Edictum.

Quid, ſi quis hereditatem emerit? An utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne ſingulis judiciis vexaretur? Venditorem enim teneri certum eſt. Sed finge non extare venditorem, vel modico vendidiſſe, & bonæ fidei poſſeſſorem fuiſſe: an porrigi manus ad emptorem debeat? Et putat Gajus Caſſius dandam utilem actionem. l. 13. §. 4. d. Hered. Pet.

1. Quando poſſeſſor Hereditatis hanc vendidit, habens pretium æquè tenetur hæreditatis petitione, quam ſi res haberet. Emptor non tenetur, niſi cum malæ fidei eſt, utiliter, *h. l.* 13. §. 8. Aliquando tamen & bonæ fidei emptor utili hereditatis petitione tenetur, ſi venditor cum effectu conveniri non poſſit, ut ſi non extet, nec heres ejus, vel tam parvo pretio, quod rerum loco ſuccedit, bonâ fide vendiderit, ut operæ pretium non ſit hoc petere, tum putat Ulpianus ex ſententia Gaji Caſſii, utilem in emptorem H. Petitionem eſſe dandam; quaſi hoc eſſet commodius ipſi, quam ſingulis vexari judiciis quod emptor evitare non poſſet, ut carptim ſingulæ res ab eo petantur, quod omnis poſſeſſor pati debet. Ita ſpeciem *h.* §. accipimus, non de emptore malæ fidei; contra quem articulum prolixe diſputat Faber, è *d.* §. 8. *h. l.* 13. aliaque congerit à noſtra expoſitione aliena vel per eam occupata. Non dubitat tamen Faber, quin hic locus ſit Triboniani, male & imperite conſutus. Multa opponit. Primo, quod non adjecit hunc caſum, ſi venditor ſolvendo non ſit, cum æquipolleat his, quos expreſſit, idque verum eſt; Sed ego pro certo habeo hos caſus exempli gratia poſitos, illum ſi venditor ſolvendo non ſit, complecti. Alia objectio; Venditor hereditatis non tantum de eo, quod percepit, ſed etiam de eo quod plus fuit in hereditate, tenetur, ſi negotiationis cauſa & non ex neceſſitate vindiderit, idque licet bonæ fidei poſſeſſor ſit *l.* 48. *h. t.* Quid igitur ad rem pertinet, quod modico vendiderit? Reſpondet ipſe Faber ad *l.* 48. Hoc eſſe intelligendum, de poſſeſſore qui bonam fidem habuit ab initio, ſed qui poſt litem conteſtatam vendidit: Nam antea bonæ fidei poſſeſſorem nonniſi qua locupletior eſt factus, teneri *l.* 25. §. 11. & *paſſ. h. t.* conſtat. Tertio objicitur: Utilis actio ſemper heredi danda eſt, cum alioqui præjudicium patiatur, quod non res ipſas, ſed pretium recuperat, quod ei obtrudi non debet, cum res ipſæ ſuperſunt. Reſp. Non poteſt facere, ut hereditatis petitio detur adverſus eum, qui titulo ſingulari poſſidet regulariter, per *l.* 18. *d. Fideicommiſ. libert.* Sed exceptis caſibus ob æquitatem poteſt, ut fit in *hoc* §. 4. & §. 8. Quæ de ſtylo arguit Faber hoc loco, minuta & inania ſunt; *Deberet*, pro *debeat.* Atqui Ulpianus idem in *l.* 5. *d. R. Jud. Pertineret*, pro *pertineat*, & ſimilia *paſſim.* Inanius eſt, quod ab Emptore dicit ad venditorem ſubito fieri tranſitum: Nemo, qui textum inſpicit, probari deſiderabit, hunc eſſe tranſitum

Digitized by Google

bene connexum; vel potius, non eſſe tranſitum, ſed monitum obiter factum, at neceſſarium. Nihil igitur profertur, quamobrem quod Faber contendit à Triboniano eſſe intruſum in hanc legem, non ſit verum; Emptorem hereditatis, qui Titulo poſſidet aliquando utili hereditatis petitione teneri; caſibus inquam certis. Nec ideo conſentiendum eſt Fabro, verba §. 8. *h. l. ſed ut emptor hereditatis utili tenetur*, eſſe à Triboniano. Quatenus Emptor eſt, non poteſt in eum convenire petitio hereditatis, quia titulus particularis ab univerſali actione abhorret. Attamen quia poſſeſſor eſt Univerſitatis, fieri poteſt ob æquitatem, ut univerſali utiliter teneatur. Quo pacto *Lex* 2. *C. h. t.* ſe cum hoc textu *in* §. 4. habeat, de quo multa Faber, diximus *in Prælect. ad h. t. n.* 4. & 5.

Ulpianus Lib. xv. ad Edict.

Idem erit dicendum, & ſi parvo pretio juſſus vendere heres Titio hereditatem vendidit: nam putat dicendum Papinianus, adverſus fideicommiſſarium dari actionem. Ab herede enim peti non expedit perexiguum pretium habente. l. 13. §. 5. *d. Hered. Pet.*

1. Faber ad §. *ſeqn.* de ultimis hujus §. verbis: *Eſt ratio plane*, inquit, *inepta & Triboniano digna non Papiniano, qui nec poſuerat, juſſum heredem vendere hereditatem pretio modico, ſed pretio ſimpliciter.* Nimis fidenter, pro ratione, qua videre ſe credit, quod eſt nuſquam. *Cum non ad juris rationem pertineant hæc verba*, inquit, *ſed ad utilitatem actionis, ex qua tamen nemo dixerit, rationem juris æſtimandam eſſe.* Imò nulla fœcundior eſt cauſa juris quam utilitas. Heres teſtamento priore ſcriptus alicui vendere juſſus eſt hereditatem modico pretio. Ut hic jam ſit emptor & fideicommiſſarius. Poſteriore teſtamento ſcriptus heres venditorem convenire quidem poteſt, ut ad §. *præced.* habuimus. Sed non expedit illi, cum ultra quam penes eum eſt non teneatur. Hoc autem exiguum eſt. Ergo ne fiat ei præjudicium, datur in emptorem eundemque fideicommiſſarium utilis actio. Non reperio quicquam ſolidi in Fabro adverſus hanc expoſitionem: Quod enim diſputat, heredem putativum directè teneri, non negatur in Textu, ſupponitur etiam.

Ulpianus Lib. xv. ad Edict.

Item ſi quis à fiſco hereditatem, quaſi vacantem, emerit: æquiſſimum erit, utilem actionem adverſus eum dari. l. 13. §. 9. *d. Hered. petit.*

1. FABER, *Hic quoque §. totus Tribonianeus eſt, meramque Triboniani inſcitiam detegit:* Vel Fabri *addeſis*, argutiam & ineptiam. Hereditas, inquit, non eſt niſi jacens. Acquiſita deſinit eſſe Hereditas & fiunt *bona*. Si acquiſita ſint à Fiſco, *bona* vacantia. Quis ferre poteſt ejuſmodi calumniis uti Juris Interpretem ad lacerandum corpus Juris? Quomodo peti, vendi, reſtitui hereditatem dicimus? Nonne cum acquiſita eſt, aditione vel ipſo jure §. *ult. I. de Hered. Qual. & diff.*? Realis objectio ſpecioſior eſt, quod nec ipſe Fiſcus hereditatis petitione teneatur, quia nec pro Emptore, neque Poſſeſſore poſſidet. Reſponſio eſt eadem, qua

quæ ad verbi uſum appoſita eſt. Univerſitatem bonorum vacantium aliterve Fiſco acquiſitorum ejuſdem eſſe naturæ cum hereditate, quod ita probat *l. 54. in pr. h. t.* ut nulla ſpecies dubitandi à Fabro ipſo proferri poſſit, quin utilis hereditatis petitio ad eam recte ac commodetur *l. 20. §. 6. h. t.* Quis enim neſcit utiles actiones eſſe, quæ à propria negotii natura, ad caſus ſimiles utilitatis cauſa producuntur? Nihil pridem inſolentius hac Fabri cenſurâ habuimus.

Ulpianus Lib. xv. ad Edict.

Apud Marcellum libro quarto Digeſtorum relatum eſt, ſi mulier hereditatem in dotem dedit; maritum pro dote quidem poſſidere hereditatem, ſed petitione hereditatis utili teneri. Sed & ipſam mulierem directe teneri, Marcellus ſcribit: maximè ſi jam factum divortium eſt. l. 13. §. 10. d. Hered. Petit.

1. Negat ſenſiſſe Marcellum Faber, ut hic ſcriptum eſt. Vult, eum nihil aliud ſtatuiſſe, quam mulierem, quæ hereditatem non ſuam marito in dotem dedit, hereditatis petitione ab herede vero conveniendam, nulla directæ vel utilis mentione facta. Æque fidenter ac alias. Sed ratio vult, ut, ſi Emptor hereditatis aliquando utili hereditatis petitione teneatur, ut demonſtratum eſt, univerſitas bonorum quam Fiſcus habet vacantium vel caducorum, inſtar hereditatis utilem hereditatis petitionem producat; idem fieri poſſe, contra maritum, qui poſſidet univerſitatem bonorum, quæ pridem fuit hereditas & eadem univerſitas etiamnum. Quid igitur eſt ſcrupuli in utili petitione hereditatis? In directa, quæ contra mulierem detur, adhuc minus eſt; omnium minimè, ſi jam factum ſit divortium, ut *in fine* §. inculcatur. Sed hoc ait Faber, eſſe novum abſurdum, dare directam actionem, ubi nulla ſit utilis. Non male; ſi hoc per ſe moneret Marcellus, ſed obiter adjicitur poſitioni, quæ utilem continet, adverſus maritum: Etiam verò directam eſſe contra mulierem durante matrimonio, magis etiam ſoluto, etſi res adhuc penes maritum ſint, quod tam eſſe monitu abſurdum quam conciliatio ſubtilis, lector æquus non putabit.

Ulpianus Lib. xv. ad Edict.

Heredem autem etiam earum rerum nomine, quas defunctus pro emptore poſſedit, hereditatis petitione teneri conſtat, quaſi pro herede poſſideat. Quamvis etiam earum rerum nomine, quas pro herede, vel pro poſſeſſore defunctus poſſedit, utique teneatur. l. 13. §. 11. d. Hered. Pet.

1. Species hæc eſto; Titius inter alia bona quaſdam res alienas à ſe emptas reliquit; Heres ejus putativus ab herede vero convenitur, an etiam ſub hereditatis petitione continentur iſtæ res alienæ, quas defunctus pro emptore poſſedit? Adfirmat Ulpianus, quoniam ipſe res illas, pro herede poſſidet: Continentur enim in Hereditate defuncti cujus heredem ſe geſſit *l. 19. in pr. d. Hered. Petit.* Quamvis utique etiam teneatur earum rerum nomine, quas defunctus univerſali titulo

pro

inquit Papinianus in *l.* 95. §. 9. *d. Solut.* Aut vetus poſſeſſor ex præterito dolo conventus ſolvit, & nihil ea res proderit poſſeſſori præſenti, ut docet idem in *d.* §. 9. Quod ſecus habet atque inculcat Cujacius, nuſquam ita, quod ſciam, reperitur.

2. Sed eſt tamen in hoc uno latere diſtinctionis eadem ratio inæqualitatis & injuſtitiæ; quod heres idem bis conſequitur, ſemel ab eo qui dolo poſſidere deſiit, iterum à poſſeſſore præſenti; Cùm tamen hoc caſu eadem ratio, quæ priore caſu, quo concurſum actionum negat Papinianus, militet; quod petitoris nihil interſit, quando à veteri poſſeſſore quod intereſt ſua conſequutus eſt. Cujacius utitur hac ratione, quod vetus poſſeſſor quaſi pœnam ſolverit, & præſens rem præſtet. Sed hæc regula, quod dolus pro poſſeſſione habeatur, *in d.* 131. & *l.* 150. *d. R. J.* etiam in actionibus rei mere perſecutoriis obtinet, nec uſquam actiones facit pœnales; denique nulla magis merè eſt actio rei perſecutoria, quam ſunt in rem actiones, ut hereditatis petitio & Rei vindicatio, in quâ Idem, ut deinde videbimus, obtinet. Etiam aliter Papinianus, qui tantum id in hoc concurſu actionum ſpectat, an alterius interſit. Ergo alii rationem petunt ex *l.* 88. *d. V. S.* hoc modo; Quando præſens poſſeſſor rem ipſam præſtitit, actor ab eo qui poſſidere deſiit æſtimationem petere non poteſt, quam habere jam cenſetur, quia pretium ineſt rei, *d. l.* 88. Sed quando vetus poſſeſſor æſtimationem ſolvit, præſens adhuc conveniri poteſt, quia non eſt verum, petitorem habere quod ei præſtandum eſt; ſcilicet rem ipſam, quæ non ineſt pretio, ſicut hoc ineſt illi, *d. l.* 88. Ita inquit D. Wiſſembachius *ad tit. ff. de Hered. pet. n.* 18. Sed hæc ratio quærenti ſolidam æqualitatis juſtificæ convenientiam, non ſatisfacit: Nam quia vetus poſſeſſor, qui dolo rem poſſidere deſiit, æque tenetur, ac verus poſſeſſor, in æſtimationem, in fructus & omne quod intereſt *l.* 20. §. 6. *l.* 25. §. 8. *h. t.* ubi ille fuerit excuſſus; perinde locum habet ratio Papiniani, quod petitoris nihil amplius interſit, & quod idem bis petat, contra æquitatem naturæ, quam ſi poſſeſſor actu rem tenens ſit condemnatus & ſolverit. Cui accedit, quod Papinianus actionem, ubi præſens poſſeſſor excuſſus erit, non modo negat, ſi corpus, ſed etiam, ſi litis æſtimationem præſtiterit. Atqui in hac æſtimatione non magis ipſa res ineſt, ac in æſtimatione, quam ſolvit, qui poſſidere deſiit.

3. Seponamus has, fultis, rationes paulisper, & rectâ videamus; an aliquid iniqui ſit in eo, quod is qui à veteri poſſeſſore malæ fidei, æſtimationem accepit, adhuc ipſam rem à præſenti poſſeſſore petere poſſit; Utrumque; ab herede rectè conveniri nemo negabit. Qui hereditatem actu poſſidet, hic propriè & naturaliter tenetur; Qui dolo fecit, quominus poſſideat, meretur etiam, ne dolus ei proſit: Ergo juſte conveniri poteſt. Conventus & excuſſus eſt; ſed præſens poſſeſſor is eſt, qui naturaliter tenet atque tenetur. Adverſus hunc igitur actio adhuc vivit. Ut aliquis idem bis petat ab eodem, iniquum eſt; à diverſis hominibus idem ex causâ ſeparatim peti injuſtum non eſt; ut hactenus bene congruat, quod ait Cujacius, præſtationem ejus, qui dolo poſſeſſionem amiſit; eſſe quaſi pœnam malitiæ. Si dicas; Nihil intereſt petitoris, qui jam æſtimationem & quicquid intererat nactus eſt; ut Papinianus in *d.* §. 9. argumentatur: non poteſt autem ei, cujus nihil intereſt, actio rei perſecutoria dari: Dicendum eſt, adhuc

ejus intereſſe, ut ipſas res hereditarias adipiſcatur; quæ eſt naturalis intentio hujus actionis. Atqui, dices, idem eſt, ſi æſtimationem acceperit is, qui rem petebat: *d.* §. 9. Nempe, ſi res haberi nequeat, aut deterior ſit, lis æſtimatur, quia non datur alius exitus; Actio tamen funditus extincta eſt, quia res ipſa fuit adjudicata, quod non eſt factum adverſus eum, qui dolo poſſidere deſiit. Plane, factam ſibi eſſe injuriam, nec is qui mala fide poſſeſſionem amiſit, nec qui alienam hereditatem adhuc actu poſſidet, quod ſinguli ad reſtitutionem adiguntur, cum ratione adſerere poteſt. Denique, ad Cenſuræ levamen pertinet etiam hoc, quod recte Cujacius *in loco* prædicto monuit; poſſe præſentem poſſeſſorem, inde ab initio, cum vetus poſſeſſor eligitur, intervenire ſeque ſuſcipiendæ actioni offerre, quia tunc vetus poſſeſſor non videtur dolo deſiiſſe poſſidere, nec ideo tum tenetur, *hac ipſâ l.* 13. §. *pen.* Quin imo, an non poteſt, qui dolo poſſidere deſiit, antequam vel quando ſolvit petere ceſſionem à Petitore adverſus ipſum poſſeſſorem? Ita videtur ſaltem officio Judicis, poſt condemnationem *l.* 12. *d. Re Jud.* etſi directo jure non habet beneficium cedendarum actionum *l.* 69. *d. R. V.* Ubi vero ceſſerit ſuum jus, Petitor ipſe quidem amplius adverſus poſſeſſorem agere non poteſt. Adde quæ dixi in *Prælect. ad h. t. n.* 8.

Ulpianus Lib. xv. ad Edict

Item videndum; Si poſſeſſor hereditatis venditione per argentarium factâ, pecuniam apud eum perdiderit, an petitione hereditatis teneatur, quia nihil habet, nec conſequi poteſt. Labeo putat, eum teneri, quia ſuo periculo male argentario credidit. Sed Octavienus ait, nihil eum præter actionem, præſtaturum. Ob has igitur actiones petititione hereditatis teneri. Mihi autem in eo, qui mala fide poſſedit, Labeonis ſententia placet, in altero verò qui bonâ fide poſſeſſor eſt, Octaveni ſententia ſequenda eſſe videtur l. 18. *in pr. d Hered. petit*

1. Argentariorum Romæ non quidem publicum fuit officium, ſed opera tamen publica fuit, in conficiendis rationibus & inſtrumentis, in mutuis pecuniis dandis, in fidejuſſionibus præſtandis, & in venditionibus maxime per auctiones faciendis, de quibus vide ſis Briſſonium *de V. S. lib.* 1. Ex eorum libris petebantur probationes *l.* 4. §. 1. *l.* 6. *l.* 9. §. 2. *d. Edend. Inſtrumenta ſuæ profeſſionis* vocantur in *d. l.* 6. §. *ult.* Plane mixti quodammodo generis illorum fuit officium, inter publicum & privatum; Unde cauſa dubitandi hac ſpecie; An poſſeſſor, qui per Argentarium res hereditarias vendidit, eoque foro credente, pretia rerum perdidit, hæc nihilominus heredi præſtare teneatur. Si publicum eſſet Argentariorum officium, ut venditiones per eos fieri deberent, nihil equidem poſſeſſori imputari potuiſſet; Verum quia ſuo arbitratu Argentarium adiit, aliterque res vendere potuit, ſuo quoque periculo fidem argentario habuiſſe videtur, quod tamen Ulpianus diſtinctione bonæ & malæ fidei poſſeſſoris ſeparavit, ut *in textu.* Autumnus & Groenewegius ad hanc L. Ulpiani ſententiam cenſent *eſſe ſupervacuam*; eo quod moribus hodiernis officium ejuſmodi argentariorum non ſit publicum, nec in eorum tabernis bona veneant, uti moris erat antiquitus.

2. Ad

2. Ad hanc Cenſuram regerimus I. Ulpianum, in ratione publici Argentariorum officii, non collocare ſententiæ ſuæ fundamentum; Sed in bonâ fide poſſeſſoris, in eo quod ſine dolo nihil ex rebus venditis ad eum pervenit. Quod æque, ſi res ab ipſo poſſeſſore, vel per quemlibet alium venditæ fuerint, aut hodie vendantur, obtinere conſentaneum eſt. Denique, ſi tales argentarios, qui tabernas & menſas in foro habeant, hodie non cognoſcimus, inde non ſequitur, alios pari in venditionibus officio fungentes non exſiſtere; cum ubique fere ſint homines auctionibus publicè habendis præfecti, per quos domini vel poſſeſſores rerum, non coguntur quidem, ſolent tamen plerumque res ſuas vendere; quales apud nos fere ſunt iidem, qui Actis Judiciorum conficiendis præpoſiti ſunt, de quibus velim obſervetur ex hoc textu, non cogi homines, ſuas res per illos ut vulgo perſuaſum eſt, vendere per auctionem. Plane ejuſmodi Actuariorum, ſi hanc quæſtionem ſpectes, eadem cum veteribus Argentariis ratio & decidendi argumentum eſſe videtur.

Ulpianus Lib. xv. ad Edict.

REDACTÆ, *inquit*, Pecuniæ ex pretio rerum venditarum. *Redactam ſic accipiemus, non ſolum jam exactam, verum & ſi exigi potuit, nec exacta eſt. Quid ſi poſt petitam hereditatem res diſtraxerit, hic ipſæ res venient fructusque earum. Sed ſi forte tales fuerunt, quæ vel ſteriles erant, vel tempore perituræ, & hæ diſtractæ ſunt vero pretio,* FORTASSIS *poſſet petitor eligere, ut ſibi pretia & uſuræ præſtentur. l. 20. §. 15. & 16. d. Hered. petit.*

1. Autumnus; *Non definit Ulpianus &c. Non aperit Ulpianus & in incerto relinquit, utrum peti poſſit.* Ideo ipſe definit, non res ipſas, ſed pretia & uſuras venire in petitionem hereditatis. Male igitur Ulpianus fluctuans & fluctuantem relinquens Lectorem, ſcilicet. Enimvero parum attentum fuiſſe oportet Veterum Lectorem, qui hæc verba Ulpiani dubitationis argumentum præferre putet, quia dicit FORTASSE, cum id non fluctuationis, ſed modeſtæ circumlocutionis indicium haberi, ex aliis locis & loquendi modis intelligi detur. Ulpianus idem *lib.* XXV. *ad Edict. Fortaſſis quis poſſit dicere, interdum partem ſumptus facti poſſe recuperari.* Ex mox; *quod eſt verius l. 14. §. 9. d. Religioſ.* Aliud ejuſdem Ulpiani exemplum eſt in *l. 15. §. 1. d. R. vind.* quod inferius occurret. Alibi, *magis eſt ut hoc &c. Potius colligi poſſe videtur. Videndum, ne non ita. Difficilius actio dabitur; facilior erit retentio. l. 1. d. Pignor.* Et id genus alia paſſim. Ita hoc loco. Explicans verba Senatus, de reſtituenda pecuniâ ex rebus hereditariis à poſſeſſore redactâ, monet, hoc de rebus ante petitam hereditatem venditis, accipiendum. Nam ſi poſt inſtitutam petitionem res vendiderit, dolo poſſidere deſiit, & tenetur quaſi poſſideret, ideoque res ipſas præſtare cogitur. At ſi favor heredis & petitoris in eo vertatur, ut pretia cum uſuris potius præſtentur, eo inclinat Ulpianus, ut, ſi velit petitor, eam partem eligere poſſit: Idque devians à regulâ, ita adfirmat, ut dubitandi rationem per τὸ *fortaſſe*, collocet, & ſimul relinquendo poſitionem Juris in loco ſuo infringat & removeat.

Papinianus Lib. III. Quæſtion.

Nam & Julianus lib. 6. Digeſt. ſcribit; quod indebitum exegit, reſtituere eum non debere: nec imputaturum, quod non debitum ſolvit l. 20. §. 18. in fin. de Hered. pet. Veteres & Autumnus citant *l. ſi poſſeſſor §. Ait Senat. eod.*

1. Hanc Papiniani & Juliani ſententiam non eſſe veram, cenſent Autumnus, eique fere ὁμόψηφος Cenſor Batavus. Nam poſſeſſor, ait Autumnus, ex bona fide rationem reddere debet, ac ita quod ex lite conſecutus erit, ſive principaliter ipſius nomine, ſive extrinſecus ob eam rem, debet reſtituere. Eamque eſſ Gaji ſententiam *in l. 46. §. 4. d. Procurat.* adfirmat, neque non Juliani in *l. 6. §. 9. d. Negot. geſt.* de qua *ſuperius* actum, *in loco.* Sed nec Gajum & Julianum à Papiniano diſcrepare, neque Cenſuræ locum eſſe in hoc capite, vel Gloſſa docere potuit Cenſores noſtros; quæ rectè obſervat & docet, *ad h. L. 20. §. 18.* Si quis alieno nomine pecuniam non debitam acceperit, hanc eum reſtituere debere illi, cujus nomine accepit, ut Procurator & negotiorum geſtor. Sed poſſeſſor hereditatis ſuo nomine poſſidet, actionesque hereditarias exercet, ideoque is ad nihil, quam quod hereditarium eſt, tenetur reſtituendum, ut in hoc ipſo §. 18. ſcriptum eſt. Quod indebitum accepit, vel ſolvit, hoc ad ipſum, non ad hereditatem heredemve pertinet. Cenſura ſine ratione collocata eſt.

Papinianus eodem libro.

Reſtituere autem pretia debebit poſſeſſor, etſi deperditæ ſunt res vel diminutæ. Sed utrum ita demum reſtituat, ſi bonæ fidei poſſeſſor eſt, an & ſi malæ fidei: Et ſiquidem res apud emptorem exſtent, nec deperditæ, nec diminutæ ſunt, ſine dubio ipſas res debet præſtare malæ fidei poſſeſſor: aut ſi recipere eas ab emptore nullo modo poſſit, tantum, quantum in litem eſſet juratum. At ubi deperditæ ſunt & deminutæ, verum pretium debet præſtari, quia ſi petitor rem conſecutus eſſet, diſtraxiſſet, & verum pretium rei perderet d. l. 20. ult. de Hered. petit.

1. Hunc etiam locum Cenſurâ ſuâ μετὰ πολλῆς φλυαρίας proſequitur Autumnus: Id nempe, quod poſſeſſor, etſi res deperditæ vel diminutæ ſunt, teneri dicitur. Nam, ut ille ſtatuit, Poſſeſſor rei interitu liberari debet, quia res periit domino, qui eſt heres, ex reſcripto Diocletiani & Maximiani *l. 6. C. de peric. & comm. rei vend.* (melius adduceret *l. 9. C. de Pignerat. act.*) Nec quidem pretium, ait Autumnus, ideo præſtatur, quod petitor rem ſi conſecutus eſſet, diſtraxiſſet, quia incerti caſus non conſiderentur, ſed reddendum ſit quod revera damnum indicatur, ex Conſtitutione Juſtiniani *C. de ſentent. quæ pro eo quod int. prof.* nam hoc intereſſe remotum à noſtris appellari, cujus ratio non habeatur, ut ſcribit Molinæus in *Conſuetud. Pariſ. §. 7. gl. 7. n. 18.* Expoſitâ hoc modo Cenſurâ, in locum communem digreditur Autumnus. Ex his conſtat, inquit, inanes eſſe labores eorum, qui leges ſine uſu ediſcunt. Hinc *Cicero*, pergit, *lib. 9. epiſt. ad Varr.* fructus doctrinæ

Digitized by Google

ctrinæ maximos ait eſſe, tractare ea, quæ ad uſum ſpectant. Plura cumulat, in laudem ſtudii pragmatici. Cui ut nemo jure deroget, ita certum eſt, ejus ſtudii non minus quam theoretici ſal & condimentum eſſe, judicium rectum; ſine quo, cum univerſa bonarum artium diſciplina, tum maximè juriſprudentia, & in primis Cenſura Juris inſulſa & incondita eſt. Certe in hoc capite non opus erat tanto verborum apparatu. Si res pereat, ſine dolo & culpa factoque poſſeſſoris, eum non teneri concedimus, ex regula, quod res pereat ſuo domino. Sed quando poſſeſſor res hereditarias vendidit & pretia percepit, quid eſt iniqui in eo, quod etſi res pereat, ad pretia tamen quæ ex alienâ re penes eum reſederunt, teneri dicitur? Ratio manifeſta duplex eſt; Una, quod poſſeſſor ex aliena re lucrum facere non debet, & pretia in locum ipſarum rerum ſuccedunt. *l. 20. & paſſ. h. t.* Altera, quod ſi Heres ipſe rem in manibus habuiſſet, eam diſtrahere potuiſſet: Cujus facultatis emolumentum per factum poſſeſſoris ei non ſit æquum interverti: Nec merito hunc caſum vocat incertum Autumnus, ſiquidem in heredis poteſtate fuiſſet; quales ſemper in quæſtione de periculo rerum deperditarum in æſtimationem veniunt. *l. 47. §. ult. d. Legat. 1. l. 14. §. 1. Depoſ. l. 15. §. ult. d. R. J.* Nec eſt quod hanc minime dubiam juris rationem & æquitatem, pragmaticæ prætextu ſcientiæ peritiæque eludi putemus. Sed eſt ſcrupulus in eo quod in *d. §. ult.* habetur; *Utrum ita demum reſtituat, ſi bonæ fidei poſſeſſor eſt, an, &, ſi malæ fidei.* Quid hoc; Nonne plus dubii eſt, an *b. f.* poſſeſſor teneatur, quàm malæ f.? Dic, is, qui bonam f. habet, tenetur ad reſtituendum ſimpliciter; M.F. poſſeſſor, amplius, in id, quanti in litem juratum eſt. Ita videtur, ut *ex ſequentibus.*

Paulus Lib. xx. ad Edict.

Si & rem & pretium habeat bonæ fidei poſſeſſor, puta quod eandem rem emerit, an audiendus ſit, ſi velit rem dare, non pretium? In prædone dicimus, electionem eſſe debere actoris: an hic magis poſſeſſor audiendus ſit, ſi velit rem tradere, licet deteriorem factam, non petitor: ſi pretium deſideret, quod inverecendum ſit tale deſiderium: an vero, quia ex re hereditaria locupletior ſit, & id quod amplius habet ex pretio, reſtituere debeat, videndum. Nam & in oratione Divi Hadriani, ita eſt. Diſpicite Patres Conſcr. num quid ſit æquius, poſſeſſorem non facere lucrum, & pretium, quod ex aliena re percepit, reddere; quia poteſt exiſtimari, in locum hereditariæ rei venditæ pretium ejus ſucceſſiſſe, & quodammodo ipſum hereditarium factum. *Oportet igitur poſſeſſorem & rem reſtituere petitori, & quod ex venditione ejus rei lucratus eſt. l. 22. d. Hered. petit.*

1. Cenſura Bernardi Autumni laudata Groenewegio *ad hanc L. Mihi*, inquit, *hoc nequaquam juſtum videtur; Ratio me vocat in contrarium. Nam pretium quod ex alienâ re percepit poſſeſſor, non poteſt exiſtimari in locum hereditariæ rei ſucceſſiſſe & quodammodo ipſum hereditarium factum, cum res hereditaria extet l. ſi ipſa res 8. D. Quod met. C.* Ubi Imperator Antoninus auctor eſt, etſi res quæ in hereditate fuerant, apud poſſeſſorem non ſint, tamen pretium earum æquè obligare il-

 lum,

lum, ac ſi corpora ipſa in eadem ſpecie manſiſſent; Proinde ſi manſerint in eadem ſpecie, nihil opus eſt dicere, pretium in locum rei hereditariæ ſucceſſiſſe, de quo poſſeſſor teneatur. Verum ſi quid hic occaſione rerum adhuc exiſtentium lucratus ſit, hoc eum, quaſi fructus lucrari æquum eſſe diſputat Autumnus. *Æquiſſimum eſt*, inquit, *rem petitori, non pretium, quod ex venditione rei provenit, præſtari.*

2. Sed re bene perpensa, non eſt præcipua hujus deciſionis ratio, quod pretium in locum rei ſuccedat; verum quod æquum non ſit, poſſeſſorem ex rebus hereditariis fieri locupletiorem, ſed quatenus lucrum penes eum reſidet, hactenus eſſe conveniendum, ut ipſa verba SenatusConſulti in hoc textu educta loquuntur. Atqui in hac ſpecie poſſeſſor eſt locupletior ex rebus hereditariis ſemel venditis, ac iterum, per redemptionem in hereditatem collatis. Lucrum illud, quod ex priori venditione percepit, ſtatim auxit hereditatem ejusque pars eſt facta, modo cum effectu manſerit apud poſſeſſorem, quod Paulus hic ſupponit. Quid igitur iniqui eſt in eo, quod lucrum à poſſeſſore perceptum & adhuc reſiduum heredi vero reſtituere cogitur? Siquidem, & de fructibus, quatenus eſt locupletior, eum teneri nota res eſt ex *l.* 25. §. 11. *h. t.* Argumentum Autumni, quod res ipſa ſuperſit, huic lucro non obſtat reſtituendo, quia nec in lucro è fructibus reſiduo attenditur ad hoc, quod res ipſa, è qua fructus provenerunt, adhuc ſuperſit *d. l.* 25. §. 11.

3. Sed Autumnus Paulo ipſum Paulum opponit, in *l. Si heres* 3. *ad L. Falcid.* his verbis; *Si heres inſtitutus eam hereditatem, quæ ſolvendo non eſt, vendiderit, vix quidem poterit perſuaderi, non fuiſſe eam hereditatem ſolvendo, quæ emptorem invenerit, verâ autem ratione nihil legatariis debebitur, quia magis ex ſtultitiâ emptoris habere videtur heres inſtitutus, quàm ex bonis defuncti.* His *apparet*, inquit Autumnus, *variaſſe Paulum & à priori ſententiâ receſſiſſe. Sed ea res fugeritne Pauli memoriam, cum hanc legem ſcriberet, an contra de viro tam excellentis doctrinæ* credendum ſit, *non meum judicium eſt, etſi dubium non ſit, tales eſſe!*

Hominum mentes, quali Pater ipſe
Jupiter aurifero luſtravit lampade terras.

Hæc ægre ferentibus invidis obtrectare licebit; nunquam periculum ſine periculo ſuperatur, *ſed mendicas potius quam medicas manus allaturos ſpero.* Hactenus Autumnus, nimis, ut videtur, ſibi placens & facetè plaudens in argumento cenſuræ minus explorato. Ne quid enim prædictis addam; quid hoc ultimum ex *l.* 3. *ad L. Falcid.* quo Pauli contradictiones exponit? In noſtra *l.* 22. Paulus ita ſentit, poſſeſſorem hereditatis ad lucrum ex re hereditaria redactum, quo locupletior eſt factus, heredi reſtituendum teneri. In *l.* 3. ponitur hereditas, in qua plus æris alieni, quam boni; Ex qua tamen legata relicta ſunt. Heres hanc ipſam hereditatem emptori ſtulto vendidit. De hoc pretio legatarii volunt ſibi legata ſolvi: Sed nullo jure legata petunt ex hereditate, in qua vere nihil boni fuit, tempore mortis; quod tempus, reſpectu legatariorum inſpicitur §. 2. *I. ne L. Falcid.* Ita, ut quod dein ex fortuita emptoris ſtultitia acceſſit, non veniat in cenſum pro legatariis *l.* 73. *D. eod. tit.* Longe alia eſt ratio veri heredis, cui non modo quod tempore mortis extitit, ſed etiam quicquid deinceps acceſſit, debetur. *l.* 20. §. 3. *h. t.*

Ergo

Digitized by Google

Ergo neque Cenſuræ neque contradictionis Paulinæ cauſam habere viſus eſt Autumnus ille probabilem.

Ulpianus Lib. xv. ad Edict.

Sed &, ſi lege commiſſoriâ vendidit, idem erit dicendum; lucrum quod ſenſit Lege Commiſſoriâ, præſtaturum. Item ſi rem diſtraxit & ex pretio aliam rem comparavit, veniet pretium in petitionem hereditatis, non res, quam in patrimonium ſuum convertit. Sed ſi res minoris valet, quam comparata eſt, hactenus locupletior factus videbitur, quatenus res valet, quemadmodum ſi conſumpſiſſet, in totum locupletior factus non videbitur. l. 25. in pr. & §. 1. eod. tit. de Hered. pet.

1. Ratio & auctoritas eadem hic Cenſuræ, & eorundem Auctorum, quæ fuit prius, eademque reſponſio. Lucrum è caſu legis Commiſſoriæ, ſi forte pretii partem Poſſeſſori Hereditatis ſolutam emptor hac cauſa perdiderit *l. 4. §. 1. d. Leg. Commiſſ.* volunt Autumnus & Groenewegius ad poſſeſſorem ſpectare, nec eſſe reſtituendum heredi vero, ſecus ac Ulpiano videtur è verbis & mente Senatus-Conſulti, quod non patitur aliquid lucri è rebus hereditariis, reſidere apud Poſſeſſorem. Idque juris ad *l. præced.* defendimus. Hoc ita, ſi res ipſa adhuc extet, ut ſit caſu legis commiſſoriæ, per quam res vendita redit in ſinum venditoris & hereditatis, qua de re *ad tit. de Lege Commiſſ.* Subjicitur alius caſus; Poſſeſſor rem hereditariam diſtraxit aliamque emit; hæc cum non ſit ex hereditate, ſed à poſſeſſore, ſuo arbitratu, in patrimonium redacta proprium non venit in reſtitutionem hereditatis, ſed pretium, quod in locum rei venditæ & hereditariæ ſucceſſit, in illam petitionem venit.

2. Pergit Ulpianus; *Sed ſi res minoris valet quam comparata eſt; hactenus locupletior factus videbitur, quatenus res valet.* Utra res his verbis intelligetur, eane quam vendidit hereditariam, an ea, quam loco ejus comparavit? Hanc opinor, intelligit per verba, *minoris quam comparata eſt*; nam hereditaria res, vendita, non comparata fuit. At quomodo poſſeſſor poteſt eſſe locupletior, ut ponit Ulpianus, è re, quæ minoris valet, quam comparata eſt, cum id damnum ſit præſens? maxime, cum addatur, eum teneri, *quatenus res valet*, quod majorem ſupponit valorem? Id ego parum bene perſpicio; Tu ſi vides, fac amabo, intelligam. An potius relabar ad id quod ſprevi, ut res, *quæ minoris valet quam comparata eſt*, ſit hereditaria illa, quam poſſeſſor diſtraxit? Connexio verborum, niſi fallor, repugnat. Eſt quidem verum, quod res illa à poſſeſſore hereditate vendita, ab alio comparata ſit. Verum ubi præceſſit hæc oppoſitio, *ſi rem diſtraxit & aliam comparavit*, & ſequitur, *res comparata*, quis ferat, his ultimis verbis, non intelligi rem, quæ paulo ante dicta eſt, *comparata*? Sed ponesis, in verbis; *Si res minoris valet, quam conparata eſt*, intelligi rem diſtractam, non comparatam: etſi litera abnuit; quorſum hic ſenſus tendit? Non aliò quam quod poſſeſſor *hactenus ſit locupletior*, ut pretium excedens heredi reſtituat. Hoc vero jam dictum fuit antea, pretium quod ſupereſt, venire in petitionem hereditatis. Hic verſus incipit ab adverſativa; *Sed ſi res minoris &c.* proinde non ex pretio, ſed ex rei valore

Digitized by Google

lore locupletior hic intelligitur. Charondas legit *Sed &*, quo infringitur quidem vis adverſativa, ſed in ſumma nihil infertur aliud, cum *ex rei* valore dicatur *locupletior* poſſeſſor. Manet igitur prior ſenſus, idemque ſcrupulus; quomodo locupletior ſit poſſeſſor ex emptione rei quæ minoris valet, quam comparata eſt, & quidem locupletior, *quatenus res valet*, non, inquam ex pretio; ut de re vendita, priore caſu dictum fuerat. Quid ſi verba, ſaltem ultima *quatenus res valet*, de re vendita hereditaria capiantur, ut poſſeſſor ad ejus valorem teneatur; ſi rem minoris valentem illius emerit loco. Sed nec ita te quidem expedio. Non dixit enim Ulpianus, rem comparatam minoris valere quam hereditariam; Sed ipſam rem comparatam eſſe minoris quam valet. Et ſi maxime illud aut quicquid velis admiſeris, manet tamen incongruum illud, qui emendo rem, minoris quam comparata eſt valentem, adde, minoris, quam res hereditaria vendita valebat, ea re poſſeſſor ſit locupletior. Præter quod minoris vendendo rem hereditariam quæ pluris erat & comparando ejus loco rem quæ minoris valet, ſine dolo, nequaquam teneretur, ut hic teneri dicitur.

3. Quid ergo tandem? τί δ' ἂν πάθοι τις; Quid non accidat hominibus? Egone lectionem mutare tentem, qui innimicus habeor omnis, immerito, criſeos juridicæ? Quid ſi de nihilo quicquam mutare tentem in loco à nemine tentato, vel animadverſo? Non ſit recuſandum mihi, riſu excipi; quod certe minus ægre tulero, quam alii me ſuas ſine riſu conjecturas refellentem ferunt Quomodo adhuc eſt, bene percipio mentem horum verborum; *Item ſi rem diſtraxit, & ex pretio aliam rem comparavit, veniet pretium in petitionem hereditatis, non res, quam in patrimonium ſuum convertit.* Omnia plana ſunt. Perge, *ſed ſi res minoris valet, quam comparata eſt, hactenus locupletior factus videbitur, quatenus res valet.* Non intelligo, inquam, Tu ſi aliter monſtras, ego nihil mutavero: Nunc ita lego: *Sed ſi res minoris quam valet comparata eſt, hactenus locupletior factus videbitur, quatenus res valet.* Nulla vox aut litera tollitur, additur: Unius traiectione voculæ defungimur, hoc ſenſu claro & plano, ut mihi quidem videtur; Quando rem minoris comparavit quam valet, poſſeſſor, locupletior eſt, quatenus res pluris valet, & tenetur eatenus ad reſtituendum; quia lucrum ex aliena hereditate, mediate licet & per negotiationem percepit, quod ſcilicet apud eum remanere non debet, ut ad *textum præced.* vidimus. Hanc emendationem minime adfectatam, ut obtulit ſe, collocare viſum eſt. Si quis inutilem demonſtret, agam gratias, quod integritati Pandectes, etſi nihil hactenus in textum novi intulimus, conſultum fuerit, nec enim, etſi criſin admiramur, Florentinæ lectionis mutationibus adfectandis jactare nos vel conſpici gaudemus. *Faber* hic eſt incurioſus.

Ulpianus Lib. xv. ad Edict.

Conſuluit Senatus bonæ fidei poſſeſſoribus, ne in totum damno adficiantur, ſed in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti ſunt. Quemcunque igitur ſumptum fecerint ex hereditate, ſi quid dilapidaverunt, perdiderunt, dum re ſuâ ſe abuti putant,

ſtant, non præſtabunt: nec ſi donaverint, locupletiores facti videbuntur; quamvis ad remunerandum aliquem naturaliter ſibi obligaverunt d. l. l. 25. §. 11. de Hered. Petit.

1. Oppugnat hac parte Senatus Romani arbitrium Autumus, ita differens; Abſolvendi poſſeſſoris, utcunque bonam fidem habentis, non eſſe cauſam juſtam, ſi quid perdiderit, dilapidaverit, & quovis modo conſumpſerit ante petitam hereditatem; quia ſcilicet, quisque ſuæ rei, non alienæ moderator & arbiter eſt, in quam rem verba quædam M. Tullii, quæ ſine noxa, quia non valde πρὸς ἔπος accidunt, à nobis omitti poſſunt, adducit: Bonam fidem vero, quæ nihil eſt aliud, quam opinio, quâ quis credit, ſe eſſe dominum rei poſſeſſæ, non videri ſufficere ad conſumptionem mali moris, in præjudicium veri domini, juris auctoritate muniendam. Habet alia, quæ parum intelligibilia tranſmittimus.

2. Ad hæc autem reſponſio ſic eſt; Si Poſſeſſor hereditatis alienæ, bonâ fide præditus, qui alienas res abſumſit, putans ſuum ſe perdere, teneatur ad reſtituendum, ut ille vult, is vel ex facto ſuo, vel inæqualitate reali oportet teneatur. Factum ejus, vel contractum vel delictum, utrumque verum vel quaſi tale eſſe oportet. Neutrum hic intervenit: Non contractus, nec quaſi talis quidem, lite necdum conteſtatâ; ab hoc enim tempore vi quaſi contractus obligatur *l. 3. §. 11. d. Pecul.* Neque delictum; quia prodigentia rei ſuæ, vel quam putet eſſe ſuam utcunque vitioſa, non eſt delictum ad alterius petitionem pertinens; planè bona fides abſolvit ab omni ſpecie delicti & facit, ut pro domino habeatur, qui hanc vere præfert, *l. 25. d. Uſur. l. 48. in pr. d. A. R. D.* Denique, nec rerum inæqualitas hic eſt ulla, quia poſſeſſor ex rebus hereditariis nullâ re auctus eſt; Nam ſi locupletior ſit, Senatus eum penitus excuti vult. *Poſt Senatus Conſultum enim, omne lucrum auferendum eſſe, tam bonæ fidei poſſeſſori, quam prædoni, dicendum eſt l. 28. d. Hered. pet.* Hæc adverſus Autumni Cenſuram ſufficere, etiam Juris imperitis exiſtimaverim.

Ulpianus Lib. xv. ad Edictum.

Adeo autem qui locupletior factus non eſt, non tenetur, ut, ſi quis putans, ſe ex aſſe heredem, partem demidiam hereditatis ſine dolo malo conſumpſerit, Marcellus lib. iv. Digeſt. tractat, num non teneatur; quaſi id quod erogaverit, ex eo fuerit, quod ad eum non pertinebat, ſed ad coheredes, & ſi is qui heres non erat, totum quicquid apud ſe fuiſſet, conſumpſiſſet, ſine dubio non teneretur, quaſi locupletior non factus. Sed in propoſitâ quæſtione, tribus viſionibus relatis, una primâ, deinde aliâ, poſſe dici totum quod ſupereſt, reſtituere eum debere, quaſi ſuam partem conſumpſerit; tertiâ, utrique quod conſumptum eſt decedere: ait utique nonnihil reſtituendum, de illo dubitat, utrum totum, an partem reſtituendum dicat. Puto tamen, reſiduum integrum non eſſe reſtituendum, ſed partem ejus dimidiam l. 25. §. 15. eod. tit. de Hered. Petit.

1. *Primus* qui heres ex ſemiſſe, putans ſe heredem ex Aſſe, dimidiam partem hereditatis conſumpſit. *Coheres* ſuperveniens ſuum ſemiſſem petit. *Primus*

ait, ego tuum ſemiſſem bona fide comſumpſi neque ex eo ſum locupletior, Ergo non habes actionem contra me. *Coheres*, Imo tuum ſemiſſem proprium coſumpſiſti, mea pars eſt ſalva. Quin, ait judex, cenſeatur conſumptio de parte utriuſque facta, ut ita quod ſupereſt inter vos dividatur. Hæ ſunt tres *viſiones*, ait Ulpianus, id eſt, tres opinionum adſpectus, alibi *inſpectiones l.* 31. *Depoſ. l.* 44. *d. Obl. & Act.* Cujacius vocabulum *viſiones* hoc ſenſu putat eſſe à Triboniano Pandectis per ἔμβλημα ubicunque reperitur, injectum 21. *obſ.* 26. idemque Faber Antonius. Aliter Briſſonius ex Antonio Auguſtino *d. V. Signifi.* quorum ego ſequi malo judicium. Harum viſionum Ulpianus præfert Ultimam, ſenſu mediam. Non placet hoc Autumno, qui putat æquius eſſe, uti quod primus conſumpſit, hoc de ſuo, non alieno conſumpſiſſe judicetur, quam ſententiam utilitate ac uſu comprobari fidenter adfirmat. Ergo, cum ſemiſſem conſumpſerit Primus, qui ex ſemiſſe tantum heres erat, ſuum abſumpſit, *& quod ſupereſt totum reſtituere debet*, inquit. Idemque & hunc §. eſſe totum Triboniani utique à verſu, *Sed in*, adfirmat Anton. Faber *Lib.* 21. *Conject. c.* 3. Popularem hanc eſſe viſionem Fabri & Autumni, non poteſt negari. Sed *Primus* habet hanc rationem in diverſum: Sum bonæ fidei poſſeſſor, & ſi nulla parte jus heredis haberem omniaque abſumſiſſem, heredes veri nihil à me petere poſſent. Ergo nec coheres meus, ideo quod dimidiam partem, quæ eſt ipſius, abſumpſerim. Inter has viſiones, mediam ingreſſus viam Ulpianus, ita rationem induxit; Conſumptio facta ab eo, qui ſe putavit heredem exaſſe, nonniſi ex Aſſe facta, id eſt, è corpore univerſæ hereditatis intelligi poteſt. Ergò dimidium ſibi, dimidium coheredi poſſeſſor bonæ fidei abſumpſiſſe videtur. Idque comprobatur, & illuſtratur à Papiniano, ad hanc quæſtionem, in *l.* 54. *ad SC. Trebell.* ex reſcripto D. Marci, cujus etiam mentio fit in *§. ſeq. h. l.* Paterfamilias habens & propria & fideicommiſſaria bona, cum poteſtate diminuendi ad dodrantem, bonam partem conſumpſit; utrum hæc conſumptio propriis ipſius, an fideicommiſſariis bonis imputanda ſit, quæritur; Divus Marcus judicavit, erogationes pro rata utriuſque patrimonii, tam quod proprium habuit quam quod reſtituere rogatus eſt, diſtribui oportere, quod Viri boni arbitrio conſentaneum credidit Imperator philoſophus, & juris prudentiſſimus *d. l.* 54. Cujus deciſionis exemplum ad hoc quæſitum melius pertinet, quam argumentum *l.* 9. *d. Damno infect.* quod Autumnus, à propoſito alieniſſimum allegavit; nec aliter in ipſis Fori periſtyliis exiſtimatum iri, credo lectorem facile in animum eſſe inducturum, etſi aliter in d. loco Faber.

Ulpianus Lib. xv. ad Edictum.

Quod autem quis ex hereditate erogavit ut rum totum decedat, an vero pro rata patrimonii ejus? ut puta penum hereditarium ebibit; utrum totum hereditati expenſum feratur, an aliquid & patrimonio ejus, ut in id factus locupletior videatur, quod ſolebat ipſe erogare ante delatam hereditatem? ut ſi quid lautius contemplatione hereditatis impendit, in hoc non videatur factus locupletior: in ſtatutis vero ſuis ſumtibus videatur factus locupletior: utique enim, & ſi non tam lautè erogaſſet, aliquid tamen ad

Digitized by Google

ad victum cottidianum erogaſſet. Nam & Divus Marcus in cauſa Pythodori; qui rogatus erat, quod ſibi ſuperfuiſſet, ex hereditate reddere, decrevit, ea, quæ alienata erant non minuendi fideicommiſſi, nec pretium in corpus patrimonii Pythodori rediſſe; & ex proprio Pythodori patrimonio, & ex hereditate decedere, non tantum ex hereditate. Et nunc igitur ſtatuti ſumptus utrum ex hereditate decedant exemplo reſcripti Divi Marci, an ex ſolo patrimonio, videndum erit. Et verius eſt, ut ex ſuo patrimonio decedant ea, quas, & ſi non heres fuiſſet: erogaſſet. l. 25. §. 16. d. Hered. Petit.

1. Hunc § à verbis; *Nam & Divus Marcus*, à Triboniano eſſe corruptum audacia non minore quam inſcitia contendit Anton. Faber in *lib. 8. Conject. c. 3.* Non repetam præjudicum loci communis, quod veriſimile non ſit, Tribonianum alia quam juris antiqui ad novum ſui temporis flectendi cauſa emblematis ſuis indulſiſſe. Quid hic ſit negotii, videamus ex argumento. Poſſeſſor hereditatis ſumptus ex ea fecit; Quæſitum eſt, utrum hos omnes hereditati imputare poſſit, an partem ſuo patrimonio debeat. Primo Ulpianus προβληματικῶς, proponit diſtinctionem inter ordinarios ſive ſtatutos & extraordinarios, quos ſi poſſeſſor heredem ſe factum non putaſſet minime feciſſet. Eamque per Reſcriptum Divi Pii in ſimili illuſtrat. Et definit in certa concluſione, quod heres ſibi imputare debeat, quicquid erogaſſet, ſi maximè in hereditatem non incidiſſet. Hac ipsâ re nihil æquius melius. Nec eſt quod Eunomia deſideret. Quid Faber? Reſcriptum Marci negat in hac ſpecie uſu venire; quin imo totam Quæſtionem ait eſſe ineptam, ut tandem ne priora quidem verba *h. t.* credat eſſe Ulpiani; Sed omnia Triboniani inſcitiæ tribuit. Quid ita? *Quia ſic propoſita generaliter quæſtione dicendum eſſet, quicquid b. f. poſſeſſor ex hereditate expendiſſet; id omne partim proprio ipſius patrimonio, partim hereditati decedere oportere, quod tamen nuſquam conſtitutum, vel in dubitationem deductum ſit.* Imo nequis unquam ita Quæſtionem hanc acciperet, ullum erat periculum: Agit enim diſerte de ſumptibus ab herede pro ſe ſuiſque, non pro hereditate quà tali factis. In his enim Quæſtio non haberet locum. Nec ſi Faber diſcendi potius quam cenſorem agendi animo ad ejus lectionem accederet, Quæſtionis uſum ita imaginari poſſet. Deinde *Faber*; Non ita ſcribendum erat, ait, *An totum decedat ex hereditate an pro rata patrimonii poſſeſſoris*: Sed potius ſic; *pro rata hereditatis*: Vel ſic, *pro rata ex patrimonio poſſeſſoris.* Captio: verba, ut ſita ſunt, eundem habent ſenſum, quem ille vult; Ut proportio Hereditatis & Patrimonii poſſeſſoris ſervetur in computandis ſumptibus. Rurſus Faber; *Taceo, quod penum in maſculino vel neutro genere*, ut hic ſumitur, *nemo JCtus vel Latinitatis auctor unquam dixit, ſed ſemper in Feminino.* Itane? Quid Paulus igitur qui, *Nomen Penus*, ait, *mihi traditum eſt, omnibus generibus dictum l. 4. §. 3. d. Pen. leg*? Temerarius Cenſor! Cujus ſi non omnes argutias & cavillationes refellimus; hæc ſpecimina facile veniam mihi concilient. In ſequentibus; *nec pretium in corpus patrimonii Pythodori rediſſe*, non recuſem aliquid critici, ad conſtructionem: Nam quod verbis *minuendi fideicommiſſi*, vult addi, *gratia*, nihil eſt; Ellipſi uſitata. Quod etiam in fine carpit, *Etſi non heres fuiſſet*, pro, *heredem ſe eſſe putaſſet*, aliquoties in ſuperioribus animadverſum eſt, Ulpianum ita eſſe locutum, ubi nec ipſe Faber id reprehendit. Hoc etiam cavil-

latorium eſt, quod in fine habetur, *exemplo reſcripti Divi Marci*, cum D. Marcus eandem ſpeciem non tractaverit. Atqui idcirco dixit *exemplo*, id eſt, argumento, per conſequentiam, quæ ſatis juſta eſt. Fiduciarius impenſas ex hereditate, quam reſtituere debet, factas, imputare debet, tam ſuo quam fideicommiſſario patrimonio. An non etiam hoc exemplo dividenda computatio ſumptuum, quos fecit heres, ex hereditate, quam occupavit, non ſuam, & quam reſtituere debet? Problematice enim adhibetur hoc Reſcriptum. Deciſio inde nonnihil diſcrepat, quam diximus, ut res ſunt diverſæ. Carpit etiam Faber verba *ſuo patrimoninio*, *pro ejus*. Sed quam variè ludatur in his pronominibus, etiam è Juriſconſultis, quiſque pro ſe paſſim animadvertet. Interim non id agere, ut omnia dicta, phraſes & conſtructiones Grammiticæ conciliem, Vel à Triboniano nullum verbum alicubi fuiſſe adſperſum, defendamus, ſæpe monuimus. Sed eſt aliud mali Juriſconſulti argumentum, quod *in fin.* habetur è *poſſeſſoris* patrimonio decedere, quod erogaſſet, etiam ſi hereditatem non poſſediſſet. Nam Faber cum ſupercilio docet, hoc è patrimonio ejus non decedere; ſed eum teneri ad hoc è ſuo in hereditatem reſtituendum: Quaſi id eo modo non decederet ejus patrimonio. Piget immorari talibus; Lector autem mirabitur ingenioſum Interpretem, ejusmodi nugis aggredi Artis ſuæ conditores, & ſe ipſum, quod in Tribonianum parat, exponere deridiculo.

Ulpianus Lib. XIV. ad Edict.

Sed & penſiones, quæ ex locationibus prædiorum urbanorum preceptæ ſunt, veniunt, licet à Lupanario perceptæ ſint. Nam & in multorum honeſtorum virorum prædiis lupanaria exercentur, l.27. §. 1. d. Hered. pet.

1. Eſt locus tralatitius, quo Juri Civili exprobratur permiſſio & approbatio lupanarium, contra ſacram Scripturam, honeſtatem & bonos mores, quam cenſuram exequitur Ant. Matth. *diſ. fund. XI. à pr. & diſp. ſeqn.* Non poteſt neque debet negari; apud veteres meretricias voluptates & lupanaria fuiſſe in rebus toleratis, uti ſunt apud nos, etiam validè Chriſtianos ſcilicet, ebrietas aliæque morum corruptelæ. Sed plus quam tolerantiam ex hac lege probari poſſe negamus. Duæ ſunt poſitiones in hoc textu; Prima, quod penſiones è lupanaribus perceptæ veniant in hereditatis petitionem & reſtitutionem; Altera, quod & lupanaria in honeſtorum virorum prædiis exercentur. Prima reſolvitur in locum communem, quod & inhoneſti quæſtus ab hereditatis poſſeſſore ſint reſtituendi *l. 25. h. t.* quâ de re, mox ita agemus, ut huic parti Cenſuræ, quæ in hanc L. intenditur, ſatisfaciamus.

2. Quod autem in multis honeſtorum Virorum prædiis lupanaria haberi dicuntur, quæro, quî magis hoc lupanaria laudet, quam quod Ebrietas hodie commendetur eo, quod multæ honeſtorum virorum domus locantur, ad ebrioſorum diverſoria, cœtus bacchantium exercendos? Sed ego ne hoc quidem, quod & in dubium conſcientiæ vocari poſſet, de lupanaribus Ulpianum prædicaſſe concedam. Quippe cum idem lupanar appellet *inhoneſtum locum in l. 21. §. 11. d. Recept.*

qui

Digitized by Google

qui arbitr. ſatis indicans evidenter, ſe viros honeſtos hic accipere, non ut probos & juſtos, ſed in honore poſitos, ut in *l.* 3. §. 2. *Stellion.* honeſtiore loco natos *l.* 3. §. *pen. ad L. Cornel. de Sicar.* quibus opponuntur humiles §. 4 *Inſt. de Publ. Jud.* ut honeſtos & multitudinem inter ſe opponit Suetonius in *Aug. cap.* 46. Supereſt tamen tolerantia lupanarium; Enimvero non ſancitur hic, non juris auctoritate donatur illa tolerantia, ſupponitur, ut videtur, ea his verbis. Ac ita vitium non tam juris, quam totius antiquitatis eſt, ac utinam paganæ duntaxat: Interque Chriſtianos id eſſet in uſu vitiorum extremo! Quis hic cenſuram exercebit, qui non ab ipſa urbe, ubi ſanctitatis Chriſtianæ ſedes oſtentatur, incipere poſſit. Et quis Patriæ ſuæ mores ab hujusmodi tolerantiæ exemplis liberare vel quod ſatis ſit excuſare poſſit? Cicero: *Verum ſi quis eſt, qui etiam meretriciis amoribus interdictum juventuti putet, eſt ille quidem valde ſeverus, negare non poſſum: Sed abhorret non modo ab hujus ſeculi licentia, verum etiam à majorum conſuetudine atque conceſſis: Quando enim hoc factum eſt? quando reprehenſum? quando non permiſſum? quando denique fuit, ut quod licet, non liceret?* Orat. *pro Cœl.*

Paulus Lib. xx. ad Edict.

Planè in ceteris neceſſariis, & utilibus impenſis poſſe ſeparari: ut bonæ fidei quidem poſſeſſores has quoque imputent, prædo autem de ſe queri debeat, qui ſciens in rem alienam impendit. Sed benignius eſt, in hujus quoque perſona haberi rationem impenſarum non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere, & id ipſum officio judicis continebitur, nam nec exceptio doli mali deſideratur. Planè poteſt in eo differentia eſſe: Ut bonæ fidei quidem poſſeſſor omnimodo impenſas deducEt, licet res non exiſtet, in quam fecit, ſicut tutor, vel curator conſequuntur: prædo autem non aliter, quam ſi res melior ſit. l. 38. *n. Hered. pet.*

1. Quod in *verſic. plane poteſt*, *in fin. h. l.* 38. traditur, nulla juris aut æquitatis ratione defendi poteſt, ſi credimus Ant. Fabro, *in Rational. ad. h. l.* Scilicet, ut bonæ f. poſſeſſor impenſas à ſe factas, etſi neceſſarias, deducere poſſit, ſi res in quam factæ ſunt, extare deſierit: quia ne quidem ſi res extet, bonæ f. tenetur in amplius, quam uſque quo res pretioſior facta eſt *l.* 38. *d. R. V.* Facit autem hæc conjectura *inquit*, ut facile mihi perſuadeam, reliquum totius *l. h. & ſeq.* contextum à Triboniano eſſe corruptum, in eo ſaltem, quod impenſas utiles à prædone quoque non tolli tantum, ſed etiam deduci poſſe tradit. Hanc Fabri rationem in judicio ſingulari bene ſe habere, ibique à Juris auctoribus ſervari intelligimus. Sed Hereditatis petitio eſt univerſale judicium, in quo liberalius ſine reſpectu ad certarum rerum exiſtentiam agi cum poſſeſſore non eſt a ratione alienum. Quo faciunt tres hac parte differentiæ inter univerſale & ſingulare judicium, quas expoſuimus in *Prælect. ad Tit. de Rei Vindic. n.* 20. *& ſeqq.* Inter quas etiam eſt hæc, quod impenſæ voluptuariæ & à bonæ fidei poſſeſſore deduci, & à prædone tolli poſſunt in Hereditatis petitione, *l.* 39. §. 1. *h. t.* quod in Rei vindicatione nullo modo admittendum eſſe concedimus Fabro; ſed non ideo cenſuram *ad has ll.* quod attinet ad Hereditatis petitionem. Proinde hic etiam defuncti ſumus vindiciis *ad l. ſeqq.* §. 1.

Ulpianus Lib. LXVII. ad Edict.

Si debitor hereditarius non ideo nolit ſolvere, quod ſe dicat heredem; Sed ideo, quod neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem, non tenetur hereditatis petitione l. 42. d. Hered. pet.

1. Ex his verbis colligendum videtur, nec ita inde collectum & traditum non eſt, eum qui negat aut dubitat an hereditas ad eum qui petit hereditatem pertineat, hereditatis petitione non teneri; quo nihil ſit abſurdius; Quotus enim quiſque conventus hereditatis petitione concedit hereditatem ad petitorem pertinere? ſi enim hoc concedat, judicium non accipiet neque ſe opponet. Ergo actionem inprimis aut unice adverſus eum qui negat aut dubitat, an hereditas ad actorem pertineat, dari oportet. Adeoque videndum, ne textus hic referendus ſit ad locum communem, male cohærentium Juris poſitionum. Sed magis eſt, ut referatur ad locum male perceptarum Juris poſitionum & legum. Eſt fallacia diviſionis, conjungi debet utraque pars Adverſativæ propoſitionis hac lege comprehenſæ, non ultima ſola, quod illâ hypotheſi fieret, educi & collocari. Senſus eſt, ſi debitor hereditarius ideo nolit ſolvere, quod ſe dicat heredem eſſe tenetur hereditatis petitione, quia pecuniam, vel rem debitam, aut jus ejus *pro herede* poſſidet *l. 9. juncta l. 13. §. ult. & l. 14. h. t.* Si vero ſe non dicat heredem eſſe, verum debere ſe quidem fateatur, attamen non putet vel dubitet, an actor ſit heres, hic non tenetur hereditatis petitione, quia nec jus pro herede neque pro Poſſeſſore poſſidet *d. l. 9. & ſeqq.* Quod cum ſit requiſitum Hereditatis Petitionis, ceſſantibus hujus actionis terminis, ut debitor qua talis actione perſonali conveniendus eſt, *dd. ll.*

Paulus Lib: 2. Reſp.

Heres furioſi ſubſtituto, vel ſequentis gradus cognato fructus medii temporis: quibus per curatorem furioſus locupletior factus videtur, præſtabit: exceptis videlicet impenſis, quæ circa eandem ſubſtantiam tam neceſſariè quàm utiliter factæ ſunt. Sed & ſi quid circa furioſum neceſſariè fuerit expenſum, & hoc excipiatur: niſi alia ſufficiens ſubſtantia eſt furioſo, ex qua ſuſtentari poteſt. l. 51. d. Hered. petit.

1. Ant. Faber. Totum hunc verſiculum *Exceptis videlicet impenſis*; *Triboniani eſſe non Papiniani*, *ſcribit & ex ſtylo agnoſcit Cujacius*, *cum quo & ego ſentio.* Sed cum iidem non negent, hanc adjectionem bonum habere ſenſum, etſi petitam ex *l. ult. C. de Curat. Fur.* Eunomiæ intereſſe non videtur, ſintne verba ipſa Papiniani originalia, an à Juſtiniano cujus eſt totum opus, adjecta. Tamen etſi nec forte neceſſe fuerit, agnoſcere manum Triboniani. Cum nihil in his verbis extet, quod nec antiquo juri conveniat. Potuit enim & Curator agnoſcere tum bonorum poſſeſſionem & percipere fructus pro furioſo, ut in inde locupletior fieret, *l. un. d. Bon. poſſ. fur. inf.* Nam quod Juſtinianus in *d. l. ult.* rationem

adeund

adeundi per furioſum expeditiorem fecit, cjus rei diſcrimen in hac lege non apparet. Neque de exceptione impenſarum alia fuit olim, quam hic expreſſum legimus, ratio. In ſtylo quid animadvertant, non indicant, nec mihi adſeverare liquet.

Hermogenianus Lib. 11. Juris epitomar.

Si poſſeſſor ex hereditate inhoneſtos habuerit quæſtus, hos etiam reſtituere cogitur; ne honeſta interpretatio, non honeſto quæſtu lucrum poſſeſſori faciat l. 52. d. t. de Hered. petit.

1. Hanc legem abrogatam vel abrogandam cenſent Autumnus & Groenewegius, ob juſtiſſimas, ut viſum eſt, rationes. I. quia moribus Chriſtianorum eſt contraria. Nam honeſtius eſt, inquit ille, inhoneſtos quæſtus, cum detrimento animæ, cedere lucro poſſeſſoris, quam petitoris, qui particeps criminis fieret. II. Ratio; Bonæ fidei judicium, cujuſmodi eſt petitio hereditatis, §. 28. *in fin. I. de Action.* non recipit præſtationes, quæ contra bonos mores fiunt *l. 5. d. Uſur.* III. Ratio redditur à Papiniano; Quod ex furto vel alio maleficio quæſitum eſt, in ſocietatem non oportere conferri, quia delictorum turpis atque fœda communio eſt *l. 53. Pro Socio.* IV. Ratio; Fructus non modo percepti; ſed & qui HONESTE percipi potuerunt, æſtimandi ſunt; apage igitur inhoneſtos fructus *l. 33. d. Rei Vind.* V. Quod indebite ac injuſte exactum eſt, non venit in petitionem hereditatis *l. 20. §. 18. inf. h. t.* Ad has graviſſimas rationes tenendum; Ex Senatus Romani Conſulto poſſeſſoribus hereditatis omne lucrum ex rebus hereditariis perceptum auferri *l. 28. h. t.* idque hereditatis partem fieri *l. 20. §. 3. eod.* quâ parte non debuit eſſe melioris conditionis, qui hereditatem lucris inhoneſtis auxit, quam qui boni Viri officium implevit. Ille quicquid ad hereditatem pertinet, reſtituere debet, & lucra illa ſunt pars hereditatis. Quod heres illos vi legis accipit, eo non magis turpitudinis fit particeps, quam de Fiſco, reis auferente quæ maleficio quæſita ſunt, idem prædicari poſſit. Plane, quod Poſſeſſori turpia lucra ſua extorquentur, iniquum videri non poteſt. An heres illa ſibi retinere & ex iis locupletari poſſit, alia quæſtio fuerit, quæ hoc loco non terminatur. At illo ſenſu nihil hic Chriſtianis moribus adverſum tradi videtur; nec animæ periculum ex eo, quod incrementa hereditatis, malitiâ poſſeſſoris confecta, cum vi legis pars hereditatis facta ſint, ſub universâ hereditate comprehenduntur, apparet. De reliquo eſt eadem viſio reſpectu heredis in hac ſpecie, quæ eſt aliorum heredum, quibus male parta defunctorum obvenerunt. Si quid tale ſit penes alium, ad quem non pertinet, illi non peccant, opinor, quod partem hereditatis ſuæ perſequuntur: Sed quomodo male partis anteceſſorum uti debeant, eſt alia quæſtio, inquam. Si quæ res per injuriam aliis ereptæ, ſubductæ ſint, his omnino reſtituendæ ſunt. Quod à nemine repeti poteſt, ut ſunt quæſtus è lupanario, & quicquid non ſine turpitudine dantis ad defunctum ex hereditate pervenit, hoc recte facient heredes, ſi in pios uſus convertant, eademque noſtri heredis ratio & conditio eſſe videtur.

2. Satiſ-

2. Satisfactum eſt primo Autumni argumento. Secundum eſt *l. 5. d. Uſur. Generaliter obſervari convenit*, ait Papinianus, *bonæ fidei judicium non recipere præſtationem, quæ contra bonos mores deſideratur*; quod bonæ fidei quidem judiciis *per excellentiam* tribuitur, ſed omnibus omnino judiciis commune eſt, per ea quæ diximus ad *L. 8. d. Negot. geſt.* Bona fides eſt animi & conſcientiæ bonum; Non debet in contractus, id eſt, in id quod partes ſibi mutuo dare, facere debent, venire quicquam animi conſcientiæ & boni Viri officio minus conveniens. Neuter ab altero quicquam exigere debet, quod hic ſalva honeſtatis teſſerâ præſtare nequeat. Sed talis non eſt exactio lucri, quod avaritia poſſeſſoris antehac, ſine conſcientia heredis, adjectum eſt hereditati, ut ex iis quæ dicta ſunt, intelligitur. Hic non eſt contractus, neque fides mutuæ præſtationis heic vertitur ſed repetitio rei quæ pars eſt hereditatis meæ, perverſe quidem parta; ſed non ex cauſa contractus inter petitorem & poſſeſſorem; cum ſit ex jure in Re conſtituto.

3. Nihilo magis adverſatur huic Legi, aliud Papiniani dictum de ſocietate, quam negat valere de maleficiis, aut in eam conferri oportere quicquam lucri, idque palam eſſe adfirmat in *l. 53. Pro Soc.* Nam ſocietas eſt contractus, in quem nihil venit, niſi ex lege conventionis. Hæc autem in res turpes nullo modo coire poteſt; ac ideo nihil ejus generis in hoc judicium venire fas eſt. Sed in noſtra hypotheſi, heres cum poſſeſſore hereditatis nihil egit, nullo modo illum ad turpe aliquid faciendum obſtringit; duntaxat incrementum hereditati jam pridem peculiari ipſius adjectum turpitudine, ab hereditate, cujus pars eſt, ſeparari non patitur, & vi legis ad auferendas poſſeſſori inhoneſtas exuvias utitur, conſulturus ipſe de lucris illis, quod jus & fas exigere videbuntur.

4. Quarta objectio eſt *l. 33. d. R. Vind.* quod malæ fidei poſſeſſor reſtituere debeat fructus, etiam conſumptos, imo non perceptos, modo illos *honeſte* percipere potuerit: Reſp. id eſſe rectum & verum de fructibus non perceptis. Qua fronte enim Dominus à Prædone qui rem ipſi reſtituit, poſſet exigere fructus, quos percipere neglexit, eo quod honeſte eos percipere non poſſet? Tum vere dominus contra Papiniani dictum ſuprà commemoratum deliquiſſet. Alia & noſtra quæſtio eſt de fructibus jam perceptis; etſi neque de hiſce quidem fidenter dixerim, actionem domino dari adverſus poſſeſſorem rei ſingularis de fructibus inhoneſte perceptis; quia nec de rebus ſingularibus eſt tale SenatusConſultum, quale de hereditate videmus, & quia fructus percepti non fiunt pars rei ſingularis, ſicut in hereditatem uniuntur. Autumnus quidem Papinianum de poſſeſſore ſingulari putat in eadem eſſe ſententia per *L. Si navis 62. §. 1. d. Rei Vind.* Verba textus ſunt hæc: *Generaliter autem, cum de fructibus æſtimandis quæritur, conſtat, animadverti debere, non an malæ fidei poſſeſſor fruiturus ſit, ſed an petitor frui potuerit, ſi ei poſſidere licuiſſet.* Nihil hic eſt ejuſmodi cum eo quod Hermogenianus *in h. l. 52.* prodidit. Ideo de ſingulari poſſeſſore adhuc, quod attinet ad hunc articulum, ſubſiſtimus, & magis in eo diverſum obtinere putamus.

5. Poſtrema & quinta objectio petita ex eo, quod *ſuprà* vidimus ex *l. 20. §. ult.* quod indebite exactum eſt, in hereditatis petitionem non venire, habet rationem ſpecioſam magis quam ſolidam: Nam etſi verum eſt quod è turpi cauſa datum

Digitized by Google

tum eſt, etiam ſine causa datum & male ſolutum videri; aliud eſt tamen indebitum, & diverſum à turpi debito. Quod indebitè ſolutum eſt non venit in hereditatis petitionem, quia non eſt factum pars hereditatis, ad quam non pertinebat, & ab eo qui dedit, revocari poteſt; ſed è turpi causa ſolutum, velut è mercede domus lenoni locatæ, non eſt indebitè ſolutum, nec à ſolvente repeti poteſt, ſed hereditati inſertum ejus cauſam ſequitur. His objectionibus remotis; Hermogeniani poſitio nihil bonis moribus aut honeſtati adverſum continere videtur. Sed bene habet ejus ἐπιείκειαν; honeſtam interpretationem, id eſt, nimis anxiam honeſtatis reputationem, non debere poſſeſſori lucrum inhoneſti quæſtus, contra providentiam legis, adjicere.

Paulus Lib. 17. ad Plautium.

Antiqui libero ventri ita proſpexerunt, ut in tempora naſcendi omnia integra reſervarent, ſicut apparet in jure hereditatum: In quibus qui poſt eum gradum ſunt agnationis, quo eſt id, quod in utero eſt, non admittuntur, dum incertum eſt, an naſci poſſint. Ubi autem eodem gradu ſunt cæteri, quo & venter, tunc, quæ portio in ſuſpenſo eſſe debeat, quæſierunt: Ideo quia non poterant ſcire, quot naſci poſſunt. Nam multa de hujuſmodi re tam varia & incredibilia traduntur, ut fabulis adnumerentur. Nam traditum eſt & quatuor pariter puellas è matrefamilias natas eſſe. Alioquin tradidere non leves auctores, quinquies quaternas enixam Peloponneſi, multas Ægypti uno utero ſeptenos. Sed & tergeminos Senatores cinctos vidimus Horatios. Sed & Lælius ſcribit, ſe vidiſſe in palatio mulierem liberam, quæ ab Alexandriâ perducta eſt, ut Hadriano oſtenderetur, cum quinque liberis, ex quibus quatuor eodem tempore enixa, inquit, dicebatur, quintum, poſt diem quadrageſimum. Quid eſt ergo? Prudentiſſimè Juris auctores medietatem quandam ſecuti, ut, quod fieri non rarò admodum poteſt, intuerentur: Id eſt, quia fieri poterat, ut tergemini naſcerentur, quartam partem ſuperſtiti filio adſignaverint. τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δίς. *Id eſt, quod enim ſemel aut bis exiſtit, ut ait Theophraſtus,* παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται, *id eſt, prætereunt legiſlatores. Ideoque &, ſi unum paritura ſit, non ex parte dimidiâ, ſed ex quartâ interim heres erit l. 3. Si pars hered. pet.*

1. Si credimus Autumno, veteres Juriſperiti magno conatu nugas egerunt. Nam quia hodie non facimus, *inquit*, altos & obſcuros quæſtionum ſinus; ideo hi juris apices & ſubtilitates à judicibus non admittuntur, & mihi videtur uſus humanior eſſe. Ventri hodie Curator datur; in tempus naſcendi omnia jura integra reſervantur, nec ante familiæ herciſcundæ judicium habet locum; alimenta tantum decernuntur ſuperſtiti, pro qualitate perſonarum & modo facultatum. *Hactenus Autumnus.* Quid ita Paulus & Veteres Juris-Conſulti; nonne viderunt, hoc quod ille ſuggerit, eſſe commodius, quam de incerto naſciturorum numero philoſophari, & hariolari, & deſinere in id, quod tamen ſatis rarum eſt, in trigemini nativitatem fœtus? Quid eſt expeditius, quam quod ex uſu medio ſuggerit hic Cenſor? Adeone ſubtilitatibus imaginariis indulſere veteres; ut in hiſce perplexari, quam conſilium adeo planum & rectum amplecti maluerint? Ego non

 dubito,

dubito, quin Veteribus injuriam faciamus, ſi minus eos rebus expediendis & difficultatibus extricandis operam dediſſe putemus, quam ſoleant hodie, qui in fori periſtylis ambulant, aut tribunalibus præſunt: quando ſatis conſtat, hodiernam praxin, cum veteri, in rebus judicandis & litibus contrahendis dexteritate non eſſe comparandam. Sed ego Cenſores rogo: ſi filius ſuperſtes nolit, aut non poſſit incertum uteri expectare, ſed præſentis egeat pecuniæ, forte mercator in articulo fidei adſerendæ conſtitutus, nec aliter fortunas ſuſtinere queat ſuas, an poſtumi jus incertum ipſius petitionem penitus eludere vel refutare poſſit? Non cenſeo, nec enim jus unius alterius commodo aut incommodo impediri poteſt *l.* 137. §. 4. *d V. O.* Quando igitur ſuperſtes ſuum jus abſciſſe urget, Judex evitare non poteſt, quin ex tempore, quid & quantum ei, dum uterus expectatur, ſit decidendum, conſtituat: Cui inſtruendo ſervit hæc diſputatio in genere conjecturali; quanquam & partis omnino incertæ petitionem dari in exitum futurum, docetur in *l.* 1. §. *ult.* & *l.* 5. §. 1. *h. t.* ut ſaltem coheres certus ſit is qui petit, dum quantitatis eventus expectatur. Adeo ut nimis abrupte jus agendi, dum venter exoneretur, Autumnus in univerſum præcidat.

2. Præter hanc pragmaticam difficultatem, textus varie laborare videtur. Omitto, quod *Peloponneſi*, *Ægypti* Paulus ſcribit, pro in Peloponneſo, in Ægypto. Quid hoc vero; *Sed & tregeminos Senatores cinctos vidimus Horatios*? Emendationes varias recenſuimus in *Prælect. ad h. t.* ut *ſervatores* pro *Senatores*; *Cuncti* pro *cinctos*: denique *Horatios* expungendos; Quomodo enim Paulus dicat, *vidimus Horatios*, ſexcentis amplius annis mortuos? Conati ſumus hac parte lectionem Florentinam tueri, ὡς κἀγώ. Cum externa recenſuiſſet Paulus; illa verba ſubjicit, hoc modo & ſenſu; *Sed & tregeminos Senatores*, Senatorii ordinis Viros, *cinctos*, armatos, *vidimus*, Romani ſcilicet exteris oppoſiti, quos ita cujuſlibet ævi, Paulus in ſuâ perſona complecti potuit. Hæc latius in *Prælect. ad h. t. n.* 3.

Paulus Lib. III. Epitomar. Alſen. Digeſt.

Cum multi heredes inſtituti eſſent, ex his unus in Aſiâ erat: ejus Procurator venditionem fecit, & pecuniam pro parte ejus abſtulerat: Poſtea apparuit, eum qui in Aſia erat, antea deceſſiſſe, inſtituto ex parte dimidiâ procuratore ſuo, & ex parte alio. Quæſitum eſt, quemadmodum pecunia ex hereditate petenda eſſet. Reſponſum eſt, ab eo qui procurator ejus fuiſſet, totam hereditatem, quia ex hereditate ea pecunia fuiſſet, quæ ad Procuratorem ex venditione perveniſſet, petere eos oportere: Et nihilominus partem dimidiam hereditatis à coheredibus ejus. Ita fore, ſive omnis ea pecunia penes eum qui Procurator fuiſſet, reſideret, ut omnem per judicem ab eo recuperarent: ſive is partem dimidiam coheredi ſuo reddidiſſet, ipſum ex dimidiâ parte, & ex dimidia coheredes condemnarent. l. 9. Si pars hered. pet.

1. Hunc agendi modum à Paulo præſcriptum ſæpe laudati Cenſores Gallus & Batavus cum ratione juris pugnare contendunt. Exiſtimant ab altero heredum, qui eſt procurator, nonniſi partem dimidiam peti poſſe, quoniam æs alic-

alienum ex Lege XII. tabulum in portiones hereditarias diviſum eſt *l. 6. C. Famil. ercisc.* de quo proinde non ſinguli heredes in ſolidum, ſed pro partibus ſuis, duntaxat conveniri poſſunt. Nec poteſt igitur ab uno tota peti hereditas, ut vult Paulus contra regulam de plus petitionibus, ait Autumnus; Idemque Groenewegius. Sed vereor, ut ſatis adverterint animum ad ſpeciem hujus Legis. Abſens ille Paterfamilias in Aſiâ deceſſerat, antequam acquireret hereditatem, ideoque pars ejus accreverat cæteris coheredibus. Hi petunt pecuniam ex venditione rerum hereditariarum redactam, quæ ad ipſos jam pertinebat, à Procuratore, qui factus heres abſentis in Aſia, pecuniam venditionis, ut mediate heres prioris defuncti poſſidebat; ſed habebat coheredem; Pecuniam verò ſolus abſtulerat eamque totam veriſimiliter poſſidebat; dubium tamen erat, an forte eam cum altero herede non communicaſſet. Suadet igitur Paulus defuncti prioris heredibus, ut Procuratorem in ſolidum conveniant, ſi is quod erat probabile, ſolus haberet pecuniam; Ne autem impingerent in exceptionem, quod ſolus non eſſet heres neque ſolus poſſeſſor ejus pecuniæ, monet, ut in eum caſum ipſius coheredem pro parte dimidia compellarent. Functus ita prudentis officio Juris-Conſulti hodieque in Foro conſiderate imitando, quo conſultores in omnem eventum à Judice detegendum, adſeveratè procederent. Si Procurator nonniſi partem tenet, pro parte condemnabitur, & pro altera parte coheres ejus: Si Procurator adhuc omnem habet pecuniam, de omni condemnabitur, coheres abſolvetur: Imo non poteſt Procurator, ajunt Cenſores, pro parte media heres, de pecunia tota conveniri, vel condemnari, quia ſinguli heredes ipſo jure de pecuniis debitis pro partibus hereditariis tenentur, nec poteſt Actor unum ex iis in ſolidum convenire. *d. l. 6. C. Famil. ercisc.* Quod eſt verum de actione perſonali, de qua in *d. l. 6.* de his quæ ſunt in nominibus; non eſt verum de actionibus in rem, quibus ſinguli heredes ut poſſeſſores conveniuntur. Quominus enim ut poſſeſſor, unus in ſolidum conveniatur, nihil obſtat *l. 2. C. de heredit. act.* Atqui in hoc textu agitur de Hereditatis petitione quæ eſt in Rem actio, quâ ſine dubio Poſſeſſor, etſi non ſolus heres, in ſolidum convenitur *l. 25. §. 18. & paſſ. d. Heredit. petit.* Majori ſpecie contradictionis Cenſores hoc arguerent, quod Paulus heredes à Procuratore totam hereditatem petere vult, qui nonniſi partem pecuniæ hereditariam abſentis in Aſiâ coheredis abſtulerat. Sed hæc res in eo vertitur, quod JCtus in *l. 1. §. 1. & ſeqq. h. t.* docet; eos qui petunt hereditatem, non petere quod reus poſſidet, ſed quod ipſis competit; ut tamen id ipſum reſolvatur in præſtationem ejus quod reus poſſidet, quemadmodum hujus agendi modi rationem expoſuimus in *Prælect. ad h. t.*

III. Papinianus Lib. VI. Quæſtion.

Cum heredis ex parte inſtituti filius, qui patrem ſuum ignorabat vivo teſtatore deceſſiſſe, partem hereditatis, nomine patris, ut abſentis, adminiſtraverit, & pe-

cunias, diſtractis rebus, acceperit: hereditas ab eo peti non poteſt: quia neque pro herede, neque pro poſſeſſore pretia poſſidet, ſed, ut filius, patris negotium curavit. Negotiorum autem geſtorum actio ceteris coheredibus, ad quos portio defuncti pertinet, dabitur. Illud enim utique non eſt metuendum, ne etiam patris, à quo fortè exheredatus eſt, teneatur heredibus, quaſi negotia hereditaria geſſerit: cum id, quod adminiſtravit, non fuerit paternæ hereditatis. Nam & ſi negotiorum geſtorum actio ſit ei, cujus nomine perceptum eſt: ei, cujus nomine, reſtitui æquum eſt. Sed in propoſito neque patris negotia fuerunt, qui eſſe deſierat: neque paternæ ſucceſſionis, quæ fuerunt alterius hereditatis. Quid ſi filius iſte patri ſuo heres extitit, & movet controverſiam, quod pater ejus, poſtquam heres extitit mortem objerit: ille tractatus incurrit, an ipſe ſibi cauſam poſſeſſionis mutare videatur. Quoniam tamen qui negotia hereditaria geſſit & debitor eſſe cœpit, poſtea faciens controverſiam hereditatis, ut juris poſſeſſor, convenitur: idem etiam in hoc filio reſpondendum erit. l. 10. *Si pars Hered. Petit.*

1. Non habet ſenſum Textus Florentinus in hoc verſiculo; *Nam etſi negotiorum geſtorum actio ſit ei, cujus nomine perceptum eſt; ei, cujus nomine, reſtitui æquum eſt.* Excidiſſe aliquot verba ex ultimo colo palam eſt; quæ plura quam neceſſe ſit in antiqua editione vulgata ſupplentur. Etiam ab Haloandro, Charonda, Cujacio, Fabro *ad h. l.* Ego nihil deſiderem, ſi in poſteriore colo ita legatur: *Ei tamen cujus nomine* percipi debuit, *reſtitui æquum eſt.* Facti ſpeciem ad hanc lectionem accommodare, nihil opus eſt, cum attento lectori ſatis ultro ſe prodat.

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD LIBRUM VI. *PANDECTARUM*, VINDICIÆ.

Ulpianus Lib. xv. ad Edict.

S*I plumbum cum argento mixtum ſit, quia deduci poſſit, nec communicabitur, nec communi dividundo agetur, quia ſeparari poteſt: agetur autem in rem actio. Sed ſi deduci, inquit, non poſſit, ut puta, ſi æs & aurum mixtum fuerit, pro parte eſſe vindicandum. Nequaquam erit dicendum, quod in mulſo dictum eſt, quia utraque materia eſt confuſa, manet tamen l.5.§.1.d. Rei Vind.*

1. Juris hæc eſt doctrina; Si duorum materiæ fortuito confuſæ, rurſus ſeparari queant, quiſque ſuæ partis dominus manet eamque vindicat. Si non ſit facultas ſeparandi, non datur alius exitus, quàm ut maſſa fiat communis, & ſinguli partem pro indiviſo vindicent, habita ratione diſparis collationis, arbitrio judicis, *l.3. §.ult. h.t. & hoc* §. 1. Exemplum prioris ponit Ulpianus, in argento & plumbo mixtis; Plumbum enim facile ab argento ſeparari poſſe. Poſteriorem theſin illuſtrat Ulpianus exemplo æris & auri, quæ mixta ſeparari nequeant. Hoc verum eſſe, negat Grotius in *lib.2. de Jur. B. & P. cap.8.n.2.* Quis *concedat*, inquit, *ſi æs & aurum mixtum fuerit, alterum ab altero diduci non poſſe, quod ſcripſit Ulpianus*? Calliſtratus certe non dubitat, ſi æs & argentum conflatum ſit, quin ab artificibus ſeparari & in priſtinam materiam reduci poſſint *l. 12. §. 1. d. A. R. D.*

2. Secundum hæc, qui putant æs ab auro bene ſeparari poſſe, & Ulpianum in eo erraſſe, textum hunc emendant, delendo particulam *Non*, ut Avellanus Gotofredo citatus, è Codice vetuſto: Sed hæc emendatio *non deſcendit ad literam*, ut Accurſius ait, propter diſcretivam SED, quæ potius requirit negationem, cum in priore colo fuit adfirmatio. Civilius emendat Hotomannus 7. *Obſ.*

 12. qui

Digitized by Google

12. qui pro *&*, legit *vel*, hoc ſenſu; *Ære vel auro duorum mixto*; Tunc enim ſeparatio vel diſcretio ſaltem, fieri certè non poteſt, & communio neceſſaria eſt. Haloander, verba, *nequaquam eſt dicendum*, conjungit cum præcedentibus; *Sed ſi deduci non poſſit, ut puta, ſi æs & aurum mixtum fuerit, pro parte eſſe vindicandum, nequaquam dicendum eſt*. Sed hanc emendationem refellit Molinæus de *Uſur. n.* 776. & ſequentia tum non cohærent, niſi plura mutes & infarcias. Alciatus in *lib. 7. parerg. c.* 4. nihil mutat in lectione; Sed veteres neſciviſſe putat æris & auri ſeparationem, etſi argentum ab auro dividere potuerint. Hodie verò eſſe artifices, qui vi aquæ chryſulcæ, Scheidwaſſer / ait Wiſſembachius noſter, idem ex eo referens *diſp. ad Inſt.* 10. *n.* 6. æs ab auro ſeparare norunt.

3. Sed Alciatum imperitia rei metallariæ lapſum adfirmat Molinæus *d. Comm. n.* 771. non enim per aquam chryſulcam ſeparari ſolere merum æs ab auro, vel contra, ſed per ignem; quod non eſſe novum, ſed veteribus æquè uſitatum fuiſſe probat, etiam è ſacris literis. Ait autem, ſe artificibus metallariis & monetalibus conſultis, adhibitiſque eorum ſpeciminibus, hujus loci explicandi gratia, (diligentia notabilis!) comperiſſe, non ſolum argentum & aurum à plumbo, ſed etiam à ſe in vicem & ab ære ſeparari poſſe; verum ita, ut debiliora metalla magis conſumantur, omnium maxime plumbum, & ſecundum illud, æs, quod *num.* 557. ſimpliciter vi ignis interire dicit, ut adfirmat etiam Giphanius ad §. 28. *I. de R. D.* Poſſe tamen fieri, addit Molinæus, ut aurum ab ære eoque ſalvo ſeparetur, quando artifices aurum æri mixtum includunt cuidam cemento è lateribus contuſis & medicatis cum argilla facto, in quo igni immerſo, XXIV. horis aurum ab omni ære penitiſſime purgatur, & æs immerſum cemento, inde extrahitur, modico; interrimento materiæ ſed tanto ſumptu, ut magis expediat, aurum aliter, puta per aquam chruſulcam (cujus uſum hac in re modò negabat Alciato) vel per ignem, omiſſo ære, purgari. Atque inde jam explicat Ulpianum, quod is negans aurum ab ære ſeparari poſſe, non intelligat ſeparationem chymicam, ſed utilem atque civilem, ad diviſionis effectum; quam æs & aurum non capere, cum æs pereat, ſeu materia ſeu pretio, ſecundum illa docet.

4. Attamen ita non tollitur nodus; Nam Ulpianus de plumbo & argento ſecus, & hoc dividi poſſe adfirmat, cum tamen ſulca ſeparetur ab argento, magis & penitius interire quàm æs. Unde metallarios plumbum appellare ſolitos eſſe Regem metallorum, quia ſe pro aliis, quod eſt boni regis, conſumit *n.* 778. Hinc denique nodum ita ſolvit, *num.* 556. *& ſeqq.* Argentum, ait, originaliter cum plumbo generari in argenti fodinis, nec aliter in iis, quam multo plumbo mixtum inveniri; Erutum autem & pluries ad terram excutiendam, lotum & contritum, tandem igne ſuppoſito, commode ſeparari plumbum ab argento. Unde ſi rurſus ſive caſu ſive conſilio miſta ſint, æquè commode ſeparetur, modo plumbum in magna quantitate ſit, ut in prima è fodinis crutione. Sic Ulpianum putat accipiendum, ut is non imperitia lapſus, ſed exquiſita rei metallariæ notitia confiſus ita ſcripſerit; adſtruens è pluribus locis, Ulpianum nullius artis aut ſcientiæ, ne quidem œconomicarum aut empiricarum fuiſſe expertem; ſed de omnibus, ubi uſu veniat, peritiſſimè differere. Gaudet adeo, ſe tanta opera ſalvum præſtitiſſe locum Juris & à criſi vindicaſſe; quanquam ita ſe res habet, hanc demum eſſe veram.

Digitized by Google

ram criſin, cujus ſpecimen Molinæus; niſi quid diſſentiant chymici & metallarii; exhibuit. Enimvero quantum mihi inde ſedere poteſt, non video adhuc, æs ab auro difficilius, quam argentum à plumbo ſeparari. Nam ſi in magna quantitate plumbi juxta argentum ſeparatio facultatem habeat, cum alioqui plumbum conſumatur, in ære juxta aurum nihilo ſecus eventurum videtur, ut ſi multum æris ſit, hoc in ſeparatione, non minus quam plumbum ſeorſim conſiſtere poſſit. Ac ita diſcrimen ab Ulpiano poſitum adhuc erit obſcurius aut nullum. Denique nihil foret aliquidius, ſi hæc conſiſtere nequeant, Hotomanni emendatione, VEL pro ET Legentis, quæ ut ab initio diximus, non tam eximeret, quam præveniret omnem dubitationem.

Ulpianus Lib. XVI. ad Edict.

Pomponius ſcribit; Si equam meam equus tuus prægnatem fecerit, non eſſe tuum, ſed meum quod natum eſt l. 5. §. 2. *d. R. V.*

Juſtinianus.

Item ea, *quæ ex animalibus dominio tuo ſubjectis nata ſunt, naturali jure tibi acquiruntur* §. 19. *I. de Rer. diviſ.*

1. Fœtus animalium acquiruntur domino genitricis, Jure Naturæ & Gentium, ut Pomponius & Juſtinianus exiſtimant, cum excluſione genitoris. Cenſura Grotii in *lib.* 2. *de Jur. B. & P. cap.* 8. *n.* 18. his verbis; Eſt & acquirendi modus inter eos, qui Juris Gentium vocantur, per genituram animantium, quâ in re quod à Romanis & aliis quibusdam gentibus eſt ſtatutum, ut partus ventrem ſequatur, non eſt naturale, ut *ſuprà* diximus, niſi quatenus plerumque Pater ignoratur. At ſi probabili ratione de eo conſtaret, cur non fœtus ex parte ad eum pertineat, nihil poteſt adferri. Nam & patris partem eſſe, quod naſcitur, certum eſt. Pluſne vero de patre, an de matre habeat, inter Phyſicos diſputatur. Plutarchus ea de re ſic diſſerit: Ἡ φύσις μίγνυσι διὰ τῶν σωμάτων ἡμᾶς, ἵν' ἐξ ἑκατέρων μέρος λαβοῦσα καὶ συγχέουσα, κοινὸν ἀμφοτέροις ἀποδῷ τὸ γενόμενον, ὥστε μηδέτερον διορίσαι, μηδὲ διακρῖναι τὸ ἴδιον ἢ τὸ ἀλλότριον. *Natura ſexuum corpora miſcet, ut ita de utroque, parte ſumpta, confundat, & commune utriſque reddat, quod naſcitur; Ita, ut neuter poſſit, quid ſuum ſit, quid alienum, diſcernere.* Hactenus *Grotius.* Idem in *cap.* 5. *n.* 29. *ejuſdem libri*; Nam ait, cum *in mutis animantibus, Patres non minus, quam matres fœtuum curam gerunt, hoc ipſo oſtenditur, fœtum utriuſque eſſe communem.*

2. Duas apparet eſſe Grotii rationes, contra Juris Auctores. Prima, quod, cum fœtus tam à genitore, quam à genitrice ſit, utriuſque pars, & utrique communis ſit. Altera, quod genitor æque fœtus ſui curam gerit, quàm à genitrice fieri ſolet. Neutra ſufficit ad Cenſuram ratio; quia non agitur hic de jure genitoris aut genitricis, ſed eorum, qui domini ſunt hujus aut illius. Qui primus eorum in poteſtate habet fœtum antea non exiſtentem, ille naturaliter dominio potitur.

titur. Atqui dominus genitrcis fœtum primus in poteſtate habet, non genitoris: Ergo ille prævenit hunc in occupatione dominii. Cui rationi accedit, quod in quæſtione de dominio, non primæ conceptionis & ſeminis, ſed fœtus in utero perfecti materiæque tum exiſtentis ratio habenda ſit. Atqui tota fœtus maſſa corporis, eſt à genitrice; quod à genitore primum exiit, in æſtimatione dominii non venit in cenſum; etſi plus ad gignendi cauſam contulerit, virtute magis & ſpiritu quam materiâ; cujus hoc caſu, ratio prævalet. Denique, genitricis eſt acceſſio parsque ventris, non genitoris, Fœtus; & per Acceſſionem propriè dominium hoc caſu perpetratur. Poſtremum cura pro fœtu, quid in brutis animalibus ad jus acquirendum vel beſtiæ, vel domino ejus, facere poteſt? Adeo nihil, ut prope nugatorium ſit, hanc in re ſeria rationem proponere. Cura in domino fœtus magis ad rem pertinet; Verum hæc ratio fuerit etiam pro ſolo genitricis domino, qui curavit ventrem & fœtum. Adde ſis quæ dix. *in part. 1. Digreſſ. lib. 4. c. 33. à pr.*

Paulus Lib. xv. ad Edict.

Pomponius libro XXXV. *probat; Si ex æquis partibus fundum mihi tecum communem tu & Lucius poſſideatis, non ab utriſque quadrantes petere me debere, ſed à Titio, qui non ſit dominus, totum ſemiſſem. Aliter atque ſi certis regionibus poſſideatis eum fundum; nam tunc ſine dubio & à te & à Titio partes fundi petere me debere; Quoties enim certa loca poſſidebuntur, neceſſario in his aliquam partem meam eſſe, & ideo te quoque à Titio quadrantem petere debere. Quæ diſtinctio neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet, nunquam enim pro diviſo poſſideri poteſt l. 8. d. Rei Vind.*

1. Magna pars Juriſprudentiæ in actionibus bene conſtituendis vertitur, utique pragmatica; verum è theoria legum adſtruenda, nec uſquam clarius, quod eſt veriſſimum, liquet; nihil eſſe in praxi, quod è theoria non ſit petitum, petendum. *Species hujus legis*; Tu Cajus poſſides fundum unà cum Titio non domino partibus æquis, cum ejus fundi pars dimidia ſit mea pro indiviſo. Cum actio in rem detur adverſus poſſidentes, *l. 9. h. pr.* ego vos ambos in jus voco; peto ut ſinguli quadrantem fundi, cujus ita ſemiſſem habebo, mihi præſtetis. Tu excipis; ego non plus quàm meam partem poſſideo, alterum qui nihil in fundo juris habet, ſolum convenire debes. Bene, pro indiviſo poſſideatis; At ſi pro diviſo ſinguli regionem fundi certam teneatis, ego ſic replicabo: *Alter ſolus à me conventus dicet. Quid tu petis hanc partem totam, à me poſſeſſam? cum non niſi pro indiviſo partis dimidiæ ſis dominus, & ſic omnes glebæ ad te pro parte pertineant, non hæ ſolæ & totæ, quas ego poſſideo*, quemadmodum Vulgò noſtrates, de communione fundi indiviſa loquuntur, **gras in gras**. *Partes, quas ego poſſideo*, pergit, *non magis ſunt tuæ, quam reliquæ à Cajo poſſeſſæ.* Et habet rationem. Quapropter à Titio quadrantem unum & à Cajo alterum quadrantem petam. Cajus autem, cujus æquè pars dimidia fundi eſt propria; quadrante mihi tradito, alterum quadrantem à Titio, quem adhuc tenet pro ſe petere debet. Sic eſt ratio. Sed quia res mobi-

les,

les, non niſi totæ pro indiviſo poſſidentur, & hereditas, quæ eſt incorporalis *l. 50. d. Hered. pet.* non recipit partes ſubjectivas, idcirco de his in ſolidum agitur adverſus poſſeſſorem, nihil juris habentem; Is vero qui non plus quàm ad ſe pertineat, poſſidet, omnino non tenetur.

2 Hanc poſteriorem Pauli ſententiam à Pegaſo & Ulpiano probatam in *l.* 1. §. 3. *Si pars hered. pet.* negat Autumnus à Groenewegio, ut ferè ſemper, laudatus, eſſe rectam, eaque in foro exploſa, diverſo jure utendum eſſe ſcribit; ratione reddita, quod *actor ante diviſionem, ab extraneo ſemiſſem nullo jure petere cogatur*, quam & Pegaſi narrat eſſe opinionem, malè, ut in ea reteſtis Ulpianus in *d.* §. 3. Verum tamen eſt, Ulpianum ſcribere, ſententiam ab Autumno prælatam eſſe rationi conſentaneam; quod ego qui ex ſemiſſe ſum heres, hereditatem à duobus petere debeam, dimidium ab eo qui non plus ſua parte poſſidet, dimidium ab extraneo nihil juris habente. Ratio, ſi recte puto, hæc ſit; Heres ego ex ſemiſſe, jus habeo contra eos qui pro herede vel pro poſſeſſore poſſident. Ambo res hereditarias ita poſſident, ac ideo meum jus univerſale adverſus utrumque inſtituere poſſum. Extraneus enim ſolus à me conventus excipiet; Tuum jus pro ſemiſſe, non magis adficit partem à me, quam à coherede meo poſſeſſam; Tu habes jus ſemiſſis hereditarii, in omnes res hereditarias: quod eſt verum.

3. Ac ideo coheres meus dimidium partis a ſe poſſeſſæ, qui eſt quadrans hereditatis, mihi reſtituere debet; & ipſe quadrantem alterum ab extraneo nihil juris habente, petere debet. Hæc eſt directa juris ratio: Sed cum res in hoc deſinat, ut totum onus reſtitutionis in extraneum ſolum redundet, judex ad evitandum circuitum, diſerte ac inde ab initio extraneum ſolum condemnabit, quod *eſt utilius*, ut prudenter ſubjicit Ulpianus in *d. l.* 1. §. 3. Incidit igitur hæc deciſio, in locum communem ejus diſcriminis, quod eſt inter jus actionis & officium judicis, qui ut eximie facit ad philoſophiam Juris, ſic in Foro quam maxime attendi ſolet ac debet, qua de *re in Prælect. ad tit. Inſt. de off. Jud.* egimus. Nec bene inſtituit Autumnus, quod in hoc negotio rationem juris ſubtiliorem utilitati præfert, in eoque non dubito, quin adverſam habiturus ſit, eorum qui ad fori columnas præſident, ſententiam: Qui ſic exiſtimarent, non eſſe faciendum, ut petitor, qui uno defungi poteſt, duplici judicio experiatur:

4. Sed hoc merito aliquis urgeret, eundem circuitum in actione de rebus ſoli ſingularibus, etiam pro diviſo poſſeſſis, evitandum videri: Ac ideo poſſeſſorem fundi extraneum inde ab initio ſolum eſſe condemnandum, ſi non jure actionis ſaltem judicis officio: Quorſum enim hoc, ut à Titio, qui nihil juris habet in fundo, & dimidium poſſidet, nonniſi quadrantem petam: A Cajo autem, qui non plus ſua parte poſſidet, alterum quadrantem petam, ut hic iterum quadrantem à Titio petat? Satius erat, Titium ſtatim in ſolidum condemnari. Quod ita de Judicis officio non male ſtatueretur: Verum hoc officium ita, ut vis nulla fiat actionibus & inſitæ rerum naturæ, adhibendum eſt. In rebus ſingulis & in hereditate circuitus facile poterat evitari, quia pro diviſo non poſſidentur, antequam de familia erciſcunda ſit actum. Sed fundo diverſis regionibus poſſeſſo, Petitor, qui pro indiviſo dominus eſt, non poteſt unam regionem vindicare, quam dicere non poteſt ſuam eſſe, non magis ſane, quam alterum. Credo tamen, ſi poſſeſſor fundi

Digitized by Google

pro parte dimidia, dum nihil juris habeat, à vero partis dimidiæ domino conveniatur, magis hodie eſſe futurum, ut directè ſolus à judice condemnetur; ex eâ parte, quæ ſanctiſſima eſt, officii ipſius, ut lites diminuantur, ut etiam hac parte evitetur ille circuitus, etſi paulo ſit audacior hactenus officii Judicis applicatio. Plane, de re mobili non poſſe aliter conſtitui, manifeſtum eſt. Autumni autem ſubtilitatem, Utilitatis rationi in ipſo Foro præferentis Cenſura, tam ratione, quam utilitatis reputatione caret.

Paulus Lib. xxi. ad Edict.

Si res mobilis petita ſit, ubi reſtitui debeat, ſcilicet, ſi præſens non ſit; & non malum eſt, ſi bonæ fidei poſſeſſor ſit is, cum quo agitur, aut ibi reſtitui, ubi res ſit, aut ubi agitur; ſed ſumptibus petitoris, qui extra cibaria, in iter, vel navigationem faciendi ſunt l. 10. d. R. V.

1. Duplex in hunc locum Cenſura ſtringitur à cavillatoribus ſæpe laudatis, una, quod reſtitutio rei petitæ ſumptibus actoris facienda dicitur; Altera, quod inter genera ſumptuum diſtinguitur. Quibus in rebus uſum fori à jure ſcripto diſcrepare teſtantur; at ſine probatione, ſuo arbitratu. Nobis ratio juris hac in re optima, nec ab uſu diverſa videtur; maxime, ſi duos ſequentes Ulpiani & ejuſdem Pauli locus uno ſpiritu jungas. Bonæ fidei poſſeſſor conventus ad reſtituendum à domino & damnatus, reſtituendo rem, ubi eſt, defungitur; ſi Petitor inſtet, ut in loco judicii reſtituatur, fiat, ipſius tamen ſumptu periculoque, quod & Grotius ex jure naturali probat *lib. 2. c. 10. in pr. J. B. & P.* Sed excipit Autumnus; *Poſt litem conteſtatam, omnes ſunt malæ fidei poſſeſſores.* Reſpondetur, id eſſe verum, quod ad rem ipſam & fructus attinet, quia tum ſcivit Poſſeſſor rem eſſe alienam, & domino rem cum fructibus eſſe reſtituendam; non ſcivit, an Petitor alibi rem ſibi reſtitui deſideraturus eſſet, neque de ſitu rei, à poſſeſſore quicquam eſt admiſſum, quod damno aliquo luere debeat: Adeò, ut ipſe ab initio malæ fidei poſſeſſor, nihilo ſecus ac bonæ f. Poſſeſſor, teneatur; niſi factum ejus intervenerit, ut, ſi rem aliunde ſubtractam in alium locum tranſtulerit *l.* 12. *h. t.* qua cauſa bonæ fidei poſſeſſor, nullo uſus ſequiore conſilio, nihil præſtat. Quæ res quominus hodieque ſervanda ſit, ita, ut dictum, nihil profertur & æquitas favet. Etiam huic rei, quod Juris-conſultus inter ſumptus itineris & cibariorum diſtinguit; Etenim itinerarios ſumptus actore deſiderante, fecit poſſeſſor, alioqui non facturus. Cibaria pecudi aut homini utique & antea præſtabat, & quamdiu poſſidebat, ubicunque morarentur, ultro ſuppeditare debuit. Quid eſt igitur in his definitionibus, quod æquus arbiter reprehendere, vel quo uſus fori merito gravari poſſit?

Ulpia-

Digitized by Google

Ulpianus Lib. xvi. ad Edict.

Si quis rem ex neceſſitate diſtraxit, fortaſſe huic officio Judicis ſuccurretur, ut precium duntaxat debeat reſtituere l. 15. §. 1. d. Rei Vind.

1. Gravis iterum Cenſura, quam meretur Ulpiani FORTASSE, prodit è judicio Autumni, conſignata verbis graviſſimis è Marciano *in l. 2. d. Legibus.* Ubi definitionem legis habet ex authoritate Philoſophi, ſummæ (verba Autumni) Stoicæ Sapientiæ Chryſippi. Lex eſt omnium divinarum & humanarum Regina rerum, quam oportet eſſe præſidem bonis & malis, & principem atque ducem regulamque juſtorum & injuſtorum, animalibus natura ſocialibus; preceptricem faciendorum, prohibitricem non faciendorum. *Hactenus Chryſippus.* Sed cum ſententia Ulpiani, *pergit Autumnus, in h. l. 15.* nihil præcipiat, nihil prohibeat, auctoritatem Legis obtinere non poteſt. Τὸ FORTASSIS caſum denotat, qui pendet ex arbitrio judicis, & cum ambiguum ſit verbum, nihil definitur.

2. Exemplum hujus Cenſuræ jam habuimus ad *l. 20. §. 15. & 16. d. Hered. pet.* Nec opus eſt alio reponſo ad hunc locum: Eſt tamen opus ad hanc inſtantiam, Quod Legis virtus ſit imperare, vetare, punire, definitè loqui; non dubitanter, aut tenêre cives ſuſpenſos. Quod ſi maximè non ſit dubitantis, ſed modeſtæ circumlocutionis hoc FORTASSE; non convenit tamen Legis Auctori, cujus eſt αὐθεντεῖν, ut lex Divina, Lex XI. tabularum aliæque ſe intendunt, adfectare modeſtiam circumlocutionis potius, quam enuntiationes planas & graves. Concedimus equidem de Nomotheta κορυφαίῳ, quem vocat Theophilus, de ſummo & abſoluto legis conditore. Qui vero legis auctoritatem per ſe ferendæ non habet, nec ſummam & abſolutam poteſtatem, magis ad modeſtiam & circuitum flectit orationem, quemadmodum Senatus Romanus inſtituere ſolitus eſt; Exemplum in Senatus-Conſulto Vellejano; *Arbitrari Senatum, rectè atque ordine facturos, ad quos eâ de re in jus aditum erit, ſi dederint operam, ut in eare &c. l. 2. §. 1. ad SC. Vellej.* Sic etiam Prætores, non præcipiendo vel prohibendo Edicta ſanciebant; ſed actionem duntaxat ſe daturos vel non daturos edicebant. Juriſconſultis inter alios plures ejuſdem artis Profeſſores, de jure commentantibus, illa modeſtiæ ſpecies aliquanto magis conveniebat, eamque paſſim in diſputationibus & reſponſis ſuis prætulerunt, ut ad *d. l. 20.* demonſtravimus. Nec quidem animus illis fuit, leges condere, cum ſcriberent, ſingulis opiniones ſuas duntaxat proferentibus: Sed vim authenticam legum à Juſtiniano demum, facta in Pandectis, digeſtione, acceperunt. Hic autem etſi vim auctoritatis earum augebat, verba tamen eorum modeſtiam indicantia cur mutaret, cauſam non habuit. Cenſura nullius valoris eſt.

Paulus Lib. xvi. ad Edict.

Si à bonæ fidei poſſeſſore fugerit ſervus, requiremus, an talis fuerit, ut & cuſtodiri debuerit. Nam ſi integræ opinionis videbatur, ut non debuerit cuſtodiri, abſolvendus eſt poſſeſſor. Ut tamen ſi interea eum uſuceperit, actionibus ſuis cedat petitori, & fructus ejus temporis, quo poſſedit, præſtet. Quod ſi nondum eum uſucepit, abſolvendum eum ſine cautionibus, ut nihil caveat petitori, de perſequendâ eâ re. Quominus enim Petitor eam rem perſequi poteſt, quamvis interim, dum in fugâ ſit, uſucapiat? Nec iniquum id eſſe, Pomponius lib. XXXIX. *ad* Edictum ſcribit. *l.* 31. *eod. tit.*

1. Ultima verba, QUOMINUS &c. ut Florentiæ leguntur, non videntur idoneum habere ſenſum; quoniam dictio illa *Quominus*, inconveniens iſti loco, nullam ſignificandi poteſtatem habet. Et cum prius dicatur, petitorem eam rem perſequi poſſe, ineptè ſubjicitur, *quamvis interim, dum in fuga eſt, uſucapiat*, quaſi ſervus ipſe, cujus perſecutio fit uſucapiat, vel petitor, qui perſequitur ſervum; quod nihilo magis fert juris ratio, quæ uſucapiendi uſum neque ad rem, neque ad Petitorem, dictat referendum. Videndum igitur, ne non conſentiendum ſit Viris doctis, pro *quominus*, legentibus *Cominus*, id eſt, è *propinquo vel ſtatim*. Quomodo τὸ *Cominus* utrovis ſumi probat Cujacius XI. *Obſ.* 39. & Elbertus Leoninus *Emend.* 16. *n.* 7. Atque ita jam olim edidit Haloander. Facilius hæc emendatio ſe probat, quod literæ *QU.* cum C. commutantur, ut in *loquutus & locutus*; *quum & cum*; *Sequutus*; *ſecutus*. *Quum*; *Cum*, aliiſque ſimilibus: ut vix emendatio eſſe videatur: niſi quod Leoninus adhuc pro *uſucapiat*, legi vult, *uſucapiatur*; quia planum ſit, emptorem, qui necdum poſſidet, uſucapere non poſſe, multo minus ſervum id eſt, rem poſſeſſam, uſucapere ſe, ipſam. Hactenus erudita Criſis.

2. Hæc etſi per me, conſiſtere poſſint, addere tamen placet quod à me olim ad hanc L. notatum reperio. Putavi ſenſum Pauli, ut conciſe loquitur, ſine emendatione vel commutatione literarum conſiſtere hoc modo: Si τὸ *Quo*, ſumas, ut eſt, pro *quâre*, ſic ut in *l.* 3. §. 11. *d. bon. poſſ. c. tab.* Ulpianus Pauli æqualis & æmulus; *Quo bonum eſt*, pro, *quâ re* bonum eſt? Et rurſus in *l* 10. § 4. *eod. Quo enim bonum eſt*? Ita Paulus hic, *Quo* enim *minus*, id eſt, *quare minus*, ſive, *non*. Species ita eſt; Servus à non domino bona fide poſſeſſus, & à domino vindicatus aufugit: Si per negligentiam poſſeſſoris, hic tenetur; Si culpa ejus argui nequeat, non tenetur, niſi ad fructus, dum poſſedit; & actiones cedendas. Quod ſi necdum uſuceperit ſervum, cum bonam fidem habeat, nihil domino cavere cogitur, cui jus ſuum eſt integrum, nec habet querendi cauſam. Quid enim impedit ipſum perſequi ſervum, etſi poſſeſſor eum uſucapiat? Hoc ineſt in his verbis; *Quo (quâre) enim minus petitor eam rem perſequi poteſt, quamvis interim, dum in fuga ſit, uſucapiat?* poſſeſſor ſcilicet, ut proxime antecedens colon & ipſa res indicat. Hæc interpretatio minime difficilis, ſi placuerit Lectori, maneamus in Lectione Florentinâ. Nam mihi quidem τὸ *Cominus*, pro ex propinquo, minus

minus arridet ad literam. Quorſum enim illa perſecutionis, quam in infinitum jacere jus eſt, limitatio? Pro *ſtatim* & ſine intermiſſione, ubi *Comminus* ſumatur, non vidi adhuc; ne quidem in illo Virgili *Georg. I.* quod adferunt.

Jacto qui ſemine comminus, arva Inſequitur.

Cominus ibi eſt è proximo & è manu, non *ſtatim*; loci, non temporis continentiam indicat.

Paulus Lib. xxI. ad Edictum.

Si quis rei ſuæ alienam rem ita adjecerit, ut pars ejus fieret, veluti, ſi quis ſtatutæ ſuæ brachium aut pedem alienum adjecerit, aut ſcypho anſam, vel candelabro ſigillum, aut menſæ pedem, dominum eum totius rei effici vereque ſtatuam ſuam dicturum, & ſcyphum, plerique rectè dicunt. Sed & id, quod in chartâ meâ ſcribitur, aut in tabulâ pingitur, meum fit; licet de picturâ quidam contra ſenſerint, propter pretium picturæ: ſed neceſſe eſt, ei rei cedi, quod ſine illâ eſſe non poteſt. In omnibus igitur iſtis in quibus mea res per prævalentiam, alienam rem trahit, meam que efficit, ſi eam rem vindicem, per exceptionem doli mali, cogar pretium ejus quod acceſſerit, dare, l. 23. §. 2. 3. 4. d. Rei Vind.

1. Duplex in doctrinam hujus loci extat animadverſio: Prima eſt Autumni, altera Hugonis Grotii; de tertiâ, quæ eſt Connani, *infrà* commodius agetur. Autumnus negat eſſe juſtum, ut qui rem meam ſuæ majori adjungit, ejus fiat dominus, quoniam *hac ratione daretur*, ait, *facultas graſſandi in res alienas, quas ſuis quisque jungeret; quod inhumaniter ſcriptum eſt, & ut ingenuè fatear, Paulum, cum legem hanc conderet, æquitatis immemorem fuiſſe puto.* Atqui non eſt hæc Pauli peculiaris opinio; Eſt omnium utriuſque ſectæ JurisConſultorum, ut indicat æmulus Pauli Ulpianus, idem tradens in *l. 7. §. 2. ad Exhib.* & Juſtinianus in §. 26. *Inſt. de Rer. diviſ.* Inanis eſt metus, ne per hanc doctrinam detur hominibus facultas in res alienas graſſandi; quoniam is, qui per adjunctionem fit dominus rei alienæ, tenetur ad pretium ejus veteri domino præſtandum. *h. l. 23. §. 4. in fin.* quo nomine datur condictio *d. §. 26.* Deciſio tantum ad Partes contendentes, ne de poſſeſſione dominioque pugnent, dirimendas pertinet. Cum res una jam è duabus & duorum rebus facta, penes unum eſſe debeat, res jubet, ut pars ſit ejuſdem, cujus totum; ſalvo alteri pretio ſuæ partis; quo percepto, nulla vis fit æquo & bono; maxime cum adverſus eum, qui ſubripuit vel malâ fide adjunxit, detur actio furti & inſuper ad exhibendum; de cujus uſu ad *l. ſeq.* videbimus. *d. §. 26. & l. 6. ad Exhib.* Inſtat Autumnus ex regulâ Juris. *l. 11. d. R. J.* Id, *quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro ad alium transferri non poteſt*; Loquitur hic textus de tranſlationibus, quæ vi legis ipſo jure fiunt, ut non modo eſt Uſucapio, ſed etiam Specificatio, Fructuum perceptio & hæc ſpecies Adjunctionis, illa regula capi non poteſt, neque debet; quatenus nihil eſt verius, quam Legem magis eſſe dominam rerum noſtrarum, quam ipſi ſumus, ex ratione publicæ utilitatis & tacito ſingulorum in Civitate conſenſu. Ac ideo poteſt efficere lex, ut res noſtra,

ſine facto noſtro, in alium transferatur. Adjavatur hæc interpretatio ex iis, quæ ad legem ſequentem occurrent.

2. Altera Cenſuræ ſpecies à Grotio profecta forte juſtior eſt. Juris auctores hanc acquiſitionem, quâ dominus Totius, fit etiam dominus alienæ partis illi adjunctæ, volunt eſſe Juris Gentium, ut docet Juſtinianus *d.* §. *26. juncto* §. *11. ejuſd. tit.* Grotius ait, hoc potius eſſe Juris Civilis, ad commodius tranſigenda negotia repertum *lib. 2. de Jur. B. & P. c.* 8. *n.* 21. Nam ex ratione Juris Gentium nihil erat ſimplicius, quam ut res fieret communis, pro ratâ partium, quæ à ſingulis profectæ ſunt, non ut pars prævalens alterius dominium abſorbeat; quemadmodum qui pro viceſima parte fundi dominus eſt, tam manet dominus in una parte quam qui partes habet novemdecim in pluribus: & in confuſione, partibus licet inæqualibus, ſi non poſſit fieri ſeparatio, totum commune fit, pro ratâ partium collatarum §. 27. & 28. *I. de R. Div.* Quæ res cum ita Jure Civili ipſo conſtitutæ ſint, non tantum argumento eſſe videntur, illam diſparitatem eſſe à jure poſitivo, non à naturali vel gentium; ſed etiam quæſtioni locum faciunt, aut Cenſuræ; cur ita conſultum ſit à Juris Romani conditoribus, ut per adjunctionem rei alienæ in partem rei noſtræ, non oriatur Communio, ut fieri debebat, ſed dominii tranſlatio fiat. Quid dicemus. An ideo ſic placuit, quod communio ſit mater diſcordiæ? Atqui tunc etiam in Confuſione, partis majoris dominium partem minorem abſorberet, quod non fit. Ergo videamus, an ratio non approbet diſtinctionem inter partes rerum homogeneas, quæ dicuntur, & heterogeneas. In homogeneis, ut ſunt partes fundi, olei, vini, frumenti, ſingulæ partes civiliter ſumptæ habent nomen totius, & ſic minor pars æquè ſui juris eſt ac major. Quod in iis, quæ non habent idem nomen cum toto, aliter ſe habet, ut anſa reſpectu ſcyphi, purpura veſtis, ſcriptura chartæ; quæ ſimileſque partes habent ſe ut acceſſiones rei principalis, non ut partes ſimpliciter: quodſpectat Theophili dictum, purpuram alienæ veſti adjunctam, τρόπον τινὰ ἀπορβῆναι δοκεῖν, quodammodo extinctam videri, τῷ μὴ εἶναι αὐτὴν καθ' ἑαυτὴν, *eo quod per ſe jam non exſiſtat*, *ad* §. *25. eod.* in vocabulo *extincta*. At verò in, confuſione vel commixtione nuſquam legitur, partem unam ab altera in eum modum extingui, vel extinctam cenſeri. Et hoc diſcrimen, etſi forte ſubtilius, quàm ut ad Jus Gentium referri queat, tamen quia pertinet ad genus Acquiſitionis Juris Gentium, quo Acceſſionis doctrina in genere ſuo referri debet, per conſequens ad eundem Juris fontem relatum eſt probabiliter, ſi non neceſſariò, à Juriſconſultis & Juſtiniano.

Paulus Lib. XXI. ad Edict.

Item quæcunque aliis juncta, acceſſionis loco cedunt, ea quamdiu cohærent, dominus vindicare non poteſt: ſed ad exhibendum agere poteſt, ut tunc vindicentur: ſcilicet, excepto eo, quod Caſſius de ferruminatione ſcribit. Dicit enim, ſi ſtatuæ ſuæ ferruminatione junctum brachium ſit, unitate majoris partis conſumi, & quod ſemel alienum factum ſit, etiamſi inde abruptum ſit, ad priorem dominum redire non poſſe. Non

idem

idem in eo, quod adplumbatum ſit; quia ferruminatio per eandem materiam facit confuſionem; plumbatura non idem efficit. Ideoque in omnibus his caſibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, actio in factum neceſſaria eſt d. l. 23. *§.* 5. *d. R.V.*

1. Quominus valeat ſuperior Autumni Cenſura in doctrinam Juris de Acceſſione, quaſi per eam facultas in aliena bona graſſandi daretur, facit hæc ratio, poſt & præter ea quæ ſuperius adducta ſunt; quod plerumque dominus rei, quæ ab alio ſuæ Rei adjuncta ejuſque pars eſt facta, per actionem ad exhibendum petere poſſit, ut res ſua ſeparetur, ab eâ, cui adjuncta eſt, quo ſibi exhibitam vindicare queat, ſi res ſua ſeparetur ab eâ, cui adjuncta eſt, condicere malit *l.* 6. *π. ad Exhib.* §. 26. *Inſt. d. A.R.D.* Sed Caſſius & Paulus excipiunt ab hac alternativa agendi facultate, res adjunctas aliis rebus per feruminationem; quando vaſi vel ſtatuæ ex aliquo metallo factæ vel facto, quædam pars ſine interventu alterius materiæ, flando, feriundo adjungitur; Plumbaturam vocant, cum adjunctio fit per adfuſum plumbum, ut ſolent artifices. Inter hos modos Paulus differentiam ſatis notabilem facit, quod plumbatura rem adjunctam faciat quidem partem ejus rei, cui adjungitur, habeatque effectum Acceſſionis ordinarium, quo, dum juncta manet, vindicari nequeat; agi tamen ad exhibendum poſſit, ut ſeparata vindicetur: Quod de parte ferruminata non ſit juris, quia ferruminatio facit confuſionem, ita, ut pars adjuncta fiat idem cum Toto, cui adjunctum eſt. Hanc differentiam non habere rationem poſt alios cenſet Grotius *d. lib.* 2. *c.* 8. *n.* 21. *in fin.* cùm, quod ſaltem communio pro rata eſſe deberet, tum, quod ejuſmodi ſubtilis differentia, per eandem, an per aliam materiam fiat adjunctio, tam notabilem juris effectum producere non poſſit. De Jure Gentium ſimplici, concedimus; Jure proſitivo, quominus probabili ratione ſententia Caſſii, quæ in Artem Juris influxit, nitatur, cauſam non video.

2. Plumbatura facit quidem, ut pars adjuncta cohæreat alteri, ſed diverſitate materiæ intervenientis ad juncturam, partis adjunctæ diſtinctionem à Toto, & potentiam ſeparandi rurſus eam partem, exhibet ob oculos; ut actus quaſi primus ſeparationis adſiduò ſit in terminis habilibus, in actum ſecundum & exercitum, ubi viſum fuerit, deducendus: cujuſmodi repræſentatio in ferruminatione ceſſat, ubi nihil quam unum totum ex eadem materia continuatum ob oculos vertitur. Unde pro diverſa conſtitutione ſubjecti, diverſam quoque partium intentionem, diverſamque juris obſervationem oriri, non eſt à ratione alienum: Ut tametſi pars ferrumminatione juncta, dein à toto ſeparata ſit, non redeat tamen ad priorem dominum; cujus jus ſcilicet, magis peremptorie, quam in aliis re-
ad priorem dominum; cujus jus ſcilicet, magis peremptorie, quam in aliis re-
bus adjunctis fieri videmus, extinguitur: quo facit, quod de arbore in alieno ſolo plantata, & poſtquam inibi radices egerit, eruta, ſcriptum eſt, eam ad priorem dominum non reverti, nec ab eo poſſe vindicari *l.* 26. §. 2. *d. A. R. D.* Quia ſcilicet actls radicibus & immendiata coalitione ſolo penitus ceſſit, ad inſtar ejus, quod junctum fuit plumbatura.

Gajus

Gajus Lib. xv. ad Edictum provinc.

Qui petitorio judicio utitur, ne fruſtra experiatur, requirere debet, an is, cum quo inſtituit actionem, poſſeſſor ſit, vel dolo deſiit poſſidere l. 36 in pr. d. Rei Vind.

1. Hanc Juris-conſulti cautionem, his temporibus inutilem eſſe, docet Groenewegius *hic*, ſed ratione, quæ non minus ipſum Jus Civile ferit. *Nam is, qui tanquam poſſeſſor convenitur*, ait, *ſi ſua ſponte ſe poſſidere non neget, etiamſi verè non poſſideat, tanquam, qui ſe obtulit rei defenſioni, condemnari ſolet l. 25. h. t.* Proinde, ſi ob hanc rationem, ex ipſis legibus petitam, Gaji prudentia locum non habeat; oportet, ſecundum ipſam Juris Civilis diſciplinam, hanc requiſitionem, à Gajo commendatam, æque inutilem & ſupervacuam eſſe, quam moribus hodiernis. Ego verò illam nec olim nec hodie à ratione vel uſu alienam puto. Nihil enim aliud continet, quam quod is, qui in rem acturus eſt, ſcire debeat, ejus quicum agit, conditionem, an poſſideat, vel non; aut ſaltem, an dolo poſſidere deſierit, quæ huic actioni fundamentalis eſt *l. 9. h. t.* Quid enim, ſi petitor exiſtimet, reum poſſidere, qui tamen neque jam poſſidet, neque dolo poſſidere deſiit, iſque neget, uti res eſt, ſe poſſidere; nonne petitor cum expenſis rejicietur? An autem hoc periculum aliter, quam diligenter in hiſtoriam & ſtatum poſſeſſionis inquirendo, evitare poteſt? Groenewegius interrogationes eâ gratiâ recte negat hodie, ante litem conteſtatam in uſu eſſe, quemadmodum & jure recentiori omnino in uſu eſſe deſierunt; ſed hoc olim, & tempore Gaji ſecus fuit: At tamen & citra interrogationes, ex adverſario, in Jure faciendas, inquiſitio, de quâ Gajus monet, utilis & neceſſaria eſt, ut demonſtravimus. Cenſor unum modo caſum in oppoſitum fingit, ſi Reus *non neget*, ſe poſſidere. Tunc enim, ſi poſſideat, nihil obſtat actioni: Si non poſſideat, ut offerens ſe liti, ait, condemnabitur. Atqui poteſt, inquam, fieri, ut reus ſe poſſidere neget, idque ex vero: Tum petitor ſuo damno repelletur. Vel, ut falſo neget ſe poſſidere, tum poſſeſſio ab illo transfertur in petitorem *l. ult. h. t.* Ad illud evitandum, hoc adſequendum, neceſſaria eſt inquiſitio Petitoris, utrum poſſideat rem, vel ſaltem dolo poſſidere deſierit, an ſecus; idque non minus hodie quam olim.

Ulpianus Lib. 17. ad Edict.

Julianus libro octavo digeſtorum ſcribit: Si in alienâ Area ædificaſſem, cujus bonæ fidei quidem emptor fui, verum eo tempore ædificavi, quo jam ſciebam alienam: videamus, an nihil mihi exceptio proſit: niſi fortè quis dicat, prodeſſe de damno ſollicito. Puto autem, huic exceptionem non prodeſſe, nec enim debuit, jam alienam certus, ædificium ponere. Sed hoc ei concedendum eſt, ut ſine diſpendio domini areæ tollat ædificium, quod poſuit. l. 37. d. Rei Vind.

1. Non dubitat Anton. Faber, quin totum hoc temperamentum; *Sed hoc ei conce-*

concedendum eſt, ut ſine diſpendio domini areæ tollat ædificium, Triboniano, vel imperito Interpreti ſit adſcribendum potius quam Ulpiano, quia pugnet hoc temperamentum cum L. XII. tabularum & cum textibus illis, qui negant, malæ fidei ædificatorem deducere, ne quidem vindicare poſſe materiam ſeparatam §. 30. *Inſt. de Rer. diviſ. l.* 7. §. 12. *d. A. R. D.* Etiam cum eo, quod ipſe Tribonianus mutaverit in *l.* 38. *d. R. V.* ubi dat Prædoni deductionem utilium impenſarum, perinde ac bonæ fidei poſſeſſori, cum hic nihil detur quam tollendi facultas. Non videtur ſatis eſſe cauſæ per has objectiones, ut huic Cenſuræ ſuccumbamus. Nam prima objectio de lege XII. tab. aberrat; quia non agitur de tigno alienis ædibus juncto, ut in L. XII. Sed de ædificio non in aliena ſtructo areâ. Ad ſecundam objectionem pridem ab aliis reſponſum eſt; Ædificatorem hoc loco non habendum eſſe pro malæ fidei ſimpliciter, quia bona fide aream emit: quo reſpectu Julianus inclinavit ad exceptionem ei dandam: quam ut Ulpianus non dat; ita temperamentum ob mixturam bonæ fidei admittit, ex merito cauſæ. Tertia objectio recipit eandem, quam habuimus ad *d. l.* 38. reſponſionem, liberalius agi cum poſſeſſoribus in univerſali, quod eſt in *l.* 38. quam in ſingulari quod hic vertitur, judicio. Quid ni Faber quartam moveat objectionem, quod neceſſariæ impenſæ à malæ fidei poſſeſſore omnino deducantur, & Materia ædificii ſit impenſa neceſſaria. Quod eſſe verum de impenſis ædificio antea extructo adhibitis, non de domo nova in alieno ſolo ædificata diximus alias in *Prælect. ad d.* §. 30. *I. de Rer. Diviſ.* Denique Verba *ſine diſpendio domini areæ*, ſuſpecta ſunt Fabro, ſcribendum fuiſſe, *ſine rei detrimento*, quod longe diverſum eſſe differit. Ut diverſi quid inter eas formulas concipi queat, ita in verbis *ſine diſpendio domini*, detrimentum rei, quod ad dominum ſe referat, non ineſſe, nemo dixerit. Ut Textus Juris luxemus aut mutilemus, rationes oportet eſſe graviores, quam ſunt hæ Fabrianæ.

2. Aliquanto minor eſt ratio Fabri ad *l. ſequ.* ubi, verſum *Conſtituimus vero*, cenſet æque à Triboniano Imperatorem agente adjectum; quaſi *conſtituendi* verbum non ſit JCti, ſed Principis, id enim præcipuum eſt; Realia tanti non ſunt, ut ſeparatum ea de re locum hic collocare libeat. Sed conſtituendi vocabulum non male convenire Juriſconſultis non tantum inde probabo, quod Prudentes veteres Jus conſtituere dicuntur in *l.* 120. *d. V. S.* Verum quod conſtituere idem ſignificat, quod decernere, in animũ inducere, ut hoc loco, præ ſe fert *l.* 23. §. *ult. d. Inoff. Teſt. l.* 4. *Quis ord. in bon. poſſ. & paſſim.* Hæc cum Textu collata facile ſedebunt Lectori.

Papinian. Lib: 2. Reſponſ.

Sumptus in prædium, quod alienum eſſe apparet, à bonæ fidei poſſeſſore facti, neque ab eo, qui prædium donavit, neque à domino peti poſſunt; verum exceptione doli oppoſitâ, per officium Judicis, æquitatis ratione, ſervantur; ſcilicet, ſi fructuum ante litem conteſtatam perceptorum ſummam excedant: Etenim admiſſa compenſatione ſuperfluum ſumptum, meliore prædio facto, dominus reſtituere cogitur l. 48. *eod. tit.*

Digitized by Google

1. Cenſura bimembris in hunc textum editur, ab Autumno prius: ab aliis deinceps. Ille, juris & æquitatis rationem velle ſtatuit, uti ſumptus in prædium, quod alienum eſſe apparuit, à bonæ fidei poſſeſſore facti, ab eodem repetantur eique reſtituantur ſine ulla compenſatione, cum fructibus ante litem conteſtatam perceptis, admittenda. Rationes ejus ſunt hæ. I. Bonæ fidei poſſeſſor fructus ante litem conteſtatam perceptos facit ſuos *l.* 48. *in pr. d. A. R. D.* imo lucratur eos *l.* 4. §. 2. *Fin. regund.* Qua ratione igitur, quod ad me pertinet, quod lucro meo cedit, compenſare cogar cum aliâ, quæ mihi debetur, pecuniâ, veluti, ex impenſis in rem alienam factis? Si quid ego viciſſim debeam, hoc cum impenſis à me factis & mihi reſtituendis compenſandum; quod lucratus ſum, quod jure meo percepi, ut ſunt fructus ante litem conteſtatam percepti, hoccine minuet jus crediti mei ex impenſis? Imo utrumque mihi debitum cumulative præſtandum, non altero deterendum videtur.

2. Non caret ſpecie veri & æqui hæc objectio, contra ſententiam Papiniani, in *hac l.* 48. colore tamen Æquitatis tinctam vel magis in ea fundatam, poteritque, ſi recte puto, exemplum hoc eſſe, quo ita ſervetur; Juris poſitiones æquitatem in receſſu frequenter habere, quam in fronte non præferat. Indubitati quidem Juris ita eſt; Sumptus in rem alienam facti à bonæ fidei poſſeſſore, ſervari poſſunt ab eo, non directè, ſed officio judicis interveniente, per exceptionem; haud tamen aliter, quam ſi excedant valorem fructuum ex aliena re perceptorum, purè, deductis ſcilicet impenſis in ipſa perceptione fructuum factis. Nam poſſeſſor, ex aliena re, cum ratione, lucrum deſiderare non poteſt, ſi modò præſtetur indemnis. Indulgent tamen leges ei propter bonam fidem, operamque curæ & culturæ adhibitam, quicquid lucri, ſuprà impenſas, apud eum reſederit. Proinde, quod leges de acquiſitione fructuum & lucrifactione tradunt, in gratiam bonæ fidei poſſeſſoris, habet hanc limitationem, vel conditionem, ſi lucrum illud majus ſit impenſis in rem factis, *h. l.* 48. & *l.* 65. *in pr. h. t.* quod eſt medium reſpondendi ad argumentum Autumni. Cujus ſecundæ rationi (prima loco eſt hæc apud illum,) deinceps ſatisfaciendum. Prædo, id eſt, malæ fidei poſſeſſor, inquit, deducere poteſt ſumptus neceſſarios, & utiles, quibus rem fecit meliorem *ex l.* 38. *d. Hered. pet. l. plane* 78. *d. R. V.* vel ſaltem tollere poteſt quod impendit *l. Julianus* 37. *h. t.* quæ tollendi facultas etiam bonæ fidei poſſeſſori, & multo quidem juſtius, ſine ulla mentione fructuum perceptorum vel compenſationis debetur. *l.* 37. §. *ult. l.* 38. *h. t.* Ergo, ſi repetitio vel deductio impenſarum neceſſariarum integra conceditur ei, cui fructus percepti non conceduntur, ob dolum ſuum, multo magis integra deductio impenſarum permittenda eſt ei, qui ob fidem bonam fructus lucratur. Reſponſio eſt, in illa tollendi facultate quæ malæ fidei poſſeſſoribus permittitur, ſubintelligendam eſſe eandem limitationem, quatenus impenſæ fructus perceptos ſuperant. Abſurdum enim foret, ſi cum malæ fidei poſſeſſore liberalius ageretur, quam cum eo, qui bonam fidem habet; Ita ſatisfactum eſt Autumni cenſuræ.

3. Non deſunt tamen & alii Scriptores graviſſimi, quibus iniquum & abſurdum videtur, una manu bonæ fidei poſſeſſori lucrum addici & alia rurſus eripi; eoſque etiam hoc male habet, quod Papinianus ait, fructus ante litem conteſtatam

tam

tam perceptos cum impenſis compenſari, de fructibus poſt litem conteſtatam perceptis altum apud ipſum eſſe ſilentium. Atqui ad hoſce reſtituendos, cum exinde fuerit malæ fidei poſſeſſor, omnino tenetur *l. 25 §. 7. d. Hered. pet. l. 22. C. de Rei Vind.* Ergo & hos compenſare tenetur abſque dubio. Proinde, cum Papinianus non de utriſque, ſed unâ fructuum ſpecie loquutus ſit, in hac *l.* 48. & *l.* 65. *in pr. h. t.* probabilius eſt, eum tam compenſationem de perceptis poſt, quam ante litem conteſtatam fructibus intellectam voluiſſe. Quod ut æquitati mentique Papiniani conſentaneum movit Viros Doctos, ut crediderint, in hac *l.* 48. & in *d. l.* 65. ſcriptum eſſe *Poſt litem Conteſtatam*; quod adeo viſum fuit indubitatum Haloandro, ut in textum editionis ſuæ, recipere non dubitaverit. Charondas in editione ſua, nihil quidem mutavit in textu, poſtquam Florentiæ Legi, *ante litem conteſtatam*, vulgatum eſt: ſed in ora libri adjecit, melius legi, *A lite conteſtata*, ductus eo, ut videtur, quod Cujacio tralatitium eſt, deſcriptores antiquos notis ſuetos, putaſſe, cum A. viderent, eſſe initialem ꝟ *Ante*, quod ſubſtituerint. Hæc à me fere ita in *Prælect. ad h. t. n.* 10. collocata, ex parte reperiuntur etiam apud Sandium 3. *deciſ.* 15. 2. quem in *Prælect.* non laudavi, ignarus hæc apud eum extare: quod ideo monere viſum, quia, quicquid de meis ſcriptis fiat, à crimine Suppreſſionis & plagii abeſſe volo, tamen etſi haud otioſam hic eſſe repetitionem conferenti patebit. Quamvis autem hanc emendationem ſecutus aliquando Senatus Pariſienſis judicaverit, bonæ fidei poſſeſſorem fructus ante litem conteſtatam perceptos habere præcipuos, nec eos ab impenſis, quibus res melior eſt facta, deducendos, ut teſtatur Papon. in *Rubr. de Reſtitut. des fruits, ar.* 14. non eſt tamen recedendum à communi ſententia Interpretum, quos magno numero recenſet in *d. loco* Sandius, quibus addes Brunnemann. *ad d. l.* 48. qui tenent, Impenſas & meliorationes a bonæ fidei poſſeſſore aliter non poſſe deduci, quam ſi fructus, etiam ante litem conteſtatam perceptos, aut eorum æſtimationem excedant. Nam hoc, quod pene obliti ſumus, eſt tenendum ad verba *l.* 48. *ante litem conteſtatam*, Papinianum de his compenſandis ſolummodo, non de perceptis poſt litem conteſtatam, eſſe loquutum; quia fructus poſt litem conteſtatam percepti omnino & abſolutè reſtitui debent; ante litem vero percepti cum peti non poſſint, tamen compenſationi ſubjectos eſſe, docere voluit, quod de perceptis poſt litem conteſtatam monere ſupervacuum & prope ineptum erat.

4. Quamvis autem res & Papiniani verba clara omniumque Doctorum conſenſus, obtinuerunt, ut impenſæ cum fructibus compenſandæ ſint, illa tamen Species æquitatis exhibita *ſuperius*, ad hypotheſin deducta, fecit, ut hæc ſententia multorum arbitrio notabilem acceperit reſtrictionem. Pone caſum: Bonæ fidei poſſeſſor pluribus annis uſus eſt fundo, percepit fructus, conſumpſit eos, non eſt inde locupletior: Fecit exinde majores impenſas, auxit prædium luculentis acceſſionibus, ad perpetuam meliorationis cauſam pertinentibus. His factis evincitur Fundus, Poſſeſſor id agit, ut impenſas deducat. Petitor refutat eum, compenſatis fructibus olim perceptis & dudum conſumptis, è quibus non eſt locupletior; Forte nec impenſas è fructuum pretio fecit, verum has aliunde è ſuo, credens ſe rem propriam excolere, contribuit; Durum & iniquum eſt,

Digitized by Google

petitionem Impenſarum ac meliorationem eludere per compenſationem fructuum, è quibus liberaliter vixit bonæ fidei poſſeſſor, qui hac ratione, gravi damno mulctaretur. Ergo, fiat, inquit, æſtimatio & compenſatio fructuum adhuc extantium cum perceptis poſt litem conteſtatam: ſed ad conſumptos, aut etiam uſucaptos ne cogar extendere compenſationem. Hoc adeo ita Juris eſſe putavit & tradidit Anton. Faber in *lib.* 7. *C. Sab. tit.* 18. *de fruct. & lit. exp.* Idque Suprema Friſiorum Curia probavit, apud Sandium *d. def.* 2. *tit.* 15. *lib.* 3. ratione ſpecioſâ, quod fructus extantes antea percepti, cum his qui poſt litem conteſtatam percepti fuere, ſint reſtituendi, *l.* 22. *C. h. t.* Ergo etiam compenſandi. Conſumpti ut non ſunt reſtituendi, ita nec compenſandi ſint. Sed utcunque reſtrictio illa, tam æquitatis quam dialectica ſpecie blandiatur, Juridica tamen non eſt, ut ipſe Faber dubitatione multa defunctus agnoſcit, in *rational.* ad *d. l.* 48. De Papiniani ſententia, dubitare non patiuntur hujus verba textus: Et Æquitatis ſpecies removetur inde, quod antea diximus, indulgentiam hanc eſſe legum, ut bonæ fidei poſſeſſor, lucrum quod vere lucrum ſit, è fructibus retineat; non eſt autem lucrum, penes ipſum reſidens, quod è fundo profectum rurſus in fundi meliorationem impenſum eſt. Nec, etſi forte ſumpſit aliunde poſſeſſor, quod impendit, id jus petitoris mutat; à quo poſtulandum non eſt, ut meliorationes, quæ de fructibus rei ſuæ fieri potuiſſent, & quas ipſemet inde feciſſet, reſtituere, & fructus è re ſua ab alio perceptos nec repetere nec compenſare poſſit: Præter quod tralatitii juris eſt, multa quæ peti nequeunt, poſſe compenſari *l.* 6. *d. Compenſat.*

5. Adhuc alia reſtrictio, vel potius cenſura ſententiæ Papinianeæ tentata fuit, hoc modo; Fiat compenſatio fructuum poſt meliorationem perceptorum. Hos enim b. f. poſſeſſor in ſolutionem impenſarum convertere debuit, vel ſi neglexerit, habet quod ſibi imputet. Verum, quos percepit fructus, & quos conſumpſit, antequam de impenſis extraordinariis cogitaret, hos ipſi relinquere ſit tandem æquitatis peremptoriæ. Amplexi ſunt hoc temperamentum Supremæ Curiæ apud Friſios major pars dominorum, ut teſtis in ea re Sandius eſt, *loco citato.* Quippe ita fere uſu venit in conflictibus arbitrariæ æquitatis, cum in hypotheſi verſamur, adverſus regulas Juris generales, quæ non ſunt adductæ in hypotheſin contrariam; ut aliquod medium eludendæ legi, ab iis qui hanc paulo duriorem putant, excogitetur: Etſi nec Judicis hoc neque boni Interpretis eſſe recte quis dixerit. Nihil eſt certius, quam Papinianum dare compenſationem omnium fructuum ante litem conteſtatam perceptorum & conſumptorum, ſive ante, ſive poſt factas meliorationes. Idque rationi Juris antea demonſtratæ ita conſentaneum eſt, ut ob ſingulares circumſtantias, quæ tamen ab intentione Legiſlatoris non abhorreant, à regulis juris non ſit recedendum. Maneat igitur ſententia Papiniani integra, & hic locus non modo ab emendatione liber, ſed etiam immunis à Cenſura.

Julianus

Digitized by Google

Julianus Lib. VI. ex Minucio.

Minucius interrogatus, ſi quis navem ſuam ex alienâ mataria refeciſſet, num nihilominus ejuſdem navis maneret; reſpondit, manere. Sed ſi in ædeficanda eâ idem feciſſet, non poſſe, Julianus notat; nam proprietas totius navis carinæ cauſam ſequitur. l. 61. d. Rei Vind.

Juſtinianus Auguſtus.

Cum ex aliena materia ſpecies aliqua facta ſit ab aliquo, quæri ſolet, quis eorum naturali ratione Dominus ſit; utrum is, qui fecerit, an potius ille, qui materiæ dominus fuerit &c. Et poſt multam Sabinianorum & Proculejanorum ambiguitatem, placuit media ſententia, exiſtimantium, ſi ea ſpecies ad priorem & rudem materiam reduci poſſit, eum videri dominum eſſe, qui materiæ dominus fuerit: ſi non poſſit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit. §. 25. Inſt. de Rer. diviſ.

1. Prior pars Legis *Minucius*, non habet difficultatem. Partibus enim mutatis, rem eandem manere, licet toties refecta ſit res, ut tandem nulla non pars ejus nova ſit, in eo Juris auctores conſentiunt: idque πραγματικῶς demonſtratur ab Alfeno in *l. 76. d. Judic.* ubi pluribus utitur exemplorum inſtantiis, inter alia corporis humani, quod idem ſit hodie cum eo quod ante annum fuit, etſi jam nulla in corpore noſtro particula, quæ tum fuit exiſtat, ut μάλα φιλοσοφικῶς ille demonſtrat. Sed altera pars Legis de navis ædificatione docet, navem ex alienâ materia factam, non eſſe ejuſdem, cujus eſt materia; ſed eundem eſſe dominum, qui dominus eſt carinæ, hac voce pro materiâ, ut communiter intelligunt, acceptâ; etſi propriè ſignificet infimam navis partem. Sed hac de re ſtatim preſſius.

2. Hiſtoriam doctrinæ de Specificatione refert Juſtinianus in ſupra ſcripto §. 25. & Gajus in *l. 7. §. 7. d. A. R. D.* ubi hæc res iterum occurret; ſed ſed ubi primum offertur, eam tranſvehi non licet. A Romanis Juriſperitis diſſentiunt cum alii, tum Franciſcus Connanus & Hugo Grotius. Primus in *lib. 3. Comment. cap. 6.* in diverſum diſputat, ut primo quidem à manu præceptorum ſeſe emancipet; *Juris-Conſultorum*, inquit, *auctoritatem tantiſper ſequi decrevi, dum doctrinæ ſuæ rationem adferent. num. 6.* Bene pro philoſopho, non æque pro Juris Interprete, qui hunc morem ſequutus pleraque certa quærendo rationes, everteret, ut Neratius obſervat in *l. 21. d. LL.* Sed nos in inſtituto, adferendi Jus Rom. rectæ rationi, verſamur. Pergat igitur Connanus; Quod *generaliter à JurisCtis traditur, cum ſpecies ad eandem materiam reduci non poteſt, eam eſſe ejus, qui fecit: ſin autem reverti poteſt, ejus eſſe, qui materiæ dominus eſt, non probatur mihi. Neque perſuadebunt mihi unquam, ut vinum ex uvis meis factum, non meum potius ſit, quam ejus, qui fecit n. 3.* Ipſe vero ita arbitratur: Animadvertendum eſſe, in utra plus valoris & pretii ſit, in materia, an arte faciendi. Si materia pluris ſit, eum eſſe dominum ſpeciei factæ, cujus materia fuit: Si Artis operæque æſtimatio ma-

 teriæ

teriæ pretium ſuperet, cum eſſe dominum, qui ſpeciem fecit. Juris-Conſulti verò naturam ipſam rerum, non æſtimationem pretii ſpectant. De natura & conſtitutione rerum, Sabiniani ſive Caſſiani ita ſtatuebant; materiam, ſpecici factæ magis ſubſtantialem eſſe, quam formam; Ideoque navem factam ejus eſſe, cujus fuit lignum, ſicut poculum ex alieno argento factum, ejus eſt cujus fuit argentum. Proculejani vero ſive Pegaſiani putabant, formam magis eſſentialem ſpeciei factæ eſſe, quam materiam. Ideoque eum qui feciſſet pocu um vel navem ex aliena materia, quia produxerat rem, quæ prius non fuerat, hunc pro domino ſpeciei eſſe habendum. Quid profert Connanus, quamobrem pretii potius, quam naturæ ipſarum rerum habenda ſit ratio? Nobis utravis antiquorum ſententia magis placet, quia conſtitutio rerum naturalis & ſtabilis eſt in ſe; Valor & pretium ab hominum arbitrio & variabili æſtimatione pendet, dum alius artificium plurimi facit, alius operam manuſque pretium contemnit: denique, rationem dominii ab eo, quod extrinſecus accedit, ut eſt pretium, potius, quam ab ipſius rei conſtitutione petere, non habet rationem. Recentior ſchola Juris-Conſultorum veterum, obſoleſcente factionum præjudicio, mediam inſtitit viam; ut dominium ſpeciei modo eſſet penes materiæ dominum, modo penes auctorem formæ, prout hæc aut illa prævaleret: jus autem prævalentiæ iidem non à pretio, ſed iterum à conſtitutione rerum accuratius conſideratâ petierunt. Si talis eſſet ſpecies, quæ facile ad primam rudemque materiam reduci poſſet, ut poculum, vivere adhuc materiam, in actu ſaltem primo, eique ſuum jus adſerendum putarunt, ut cujus hæc fuiſſet, is dominus ſpeciei habeatur: Quod ſi nova ſpecies ad primam rudemque materiam reduci non poſſit, ibi jus materiæ exſtinctum, nec quidem actu primo ſupereſſe judi arunt: Ac ideo exiſtimarunt, dominium ejus, qui ſpeciem feciſſet, eſſe debere; ſalva utroque caſu actione in factum, ad repetendum materiæ, vel operæ pretium. Si ratio ſivo Caſſianorum opinio, ut demonſtravimus, delecta ex illis & elaborata, qua dominium certo loco, quod Juris auctores quærunr, conſtituatur, illa ſine dubio præferenda eſt; ut dicere nobis liceat, Juſtiniani dinſtinctionem, quam Connani, eſſe meliorem.

3. Quin nec vana prædicatio fuerit, ſi adverſus ipſam Grotii cenſuram, Caji, Juliani & Juſtiniani diſtinctionem ſuſtineri poſſe contendamus. Sic ille ſcribit, *At ſi naturalem veritatem reſpicimus, ſicut confuſis materiis, communionem induci, pro rata ejus quod quiſque habeat, Romanis quoque Juris-Conſultis placuit, quia res alium exitum naturaliter reperire non poterat, ita cum res conſtent materiâ & ſpecie, tanquam ſuis partibus, ſi alterius ſit materia, alterius ſpecies, ſequitur, naturaliter rem communem fieri, pro rata ejus, quanti unum quodque eſt. Species enim pars eſt ſubſtantiæ, non ſubſtantia tota, quod Ulpianus vidit, cum dixit, mutata formâ, prope interemptam ſubſtantiam.* Ita Grotius *lib. 2. cap. 8. n. 19.* Exiſtimo, Juris-Conſultorum ſententiam non paulo civiliorem & ſolidiorem eſſe, quam hæc Grotiana, per quam primo fit hoc, quod Juris-conſulti ſummopere evitandum putarunt, ut communio introducatur, quam illi ut matrem diſcordiarum, ſecundum ipſam rationem naturalem, de pace quærenda, ſemper averſati ſunt. Dein habet id commune cum opinione Connani, quod ineunda ſit formæ ſive ſpeciei æſtimatio, ſecundum quam, partes conſtituantur. Denique, illa partitio,

tio, rei velut, in duas integrantes, quæ ſint, materia & ſpecies ſive forma, nimis eſt impropria nimiſque ſubtilis, an inſubtilis, quam ut juris concluſiones efficere poſſit. Nec habuit Ulpianus eam in conſpectu, cum dixit, mutatâ forma, prope interimi ſubſtantiam, ſed hoc voluit, mutata rei forma, novam rem eſſe factam: exſtincta materiæ appellatione & conſideratione, quæ fuerat prius, civiliter potius quam phyſice; quod ad juris differentiam ſufficiat. Inde igitur nova res novumque dominium oritur, procul habita ratione communionis & diviſionis, ſecundum valorem formæ & materiæ, qua nihil alienius à mente Ulpiani & reliquorum Juris-Conſultorum; addere non verear, à ratione recta.

4. Hæc pro Specificationis doctrina ſuffecerint. Verum enim vero ſatin' cum ea convenit hoc Juliani reſponſum, quo navem ædificatam carinæ, id eſt, Ligni cauſam ſequi, adfirmare videtur? Navis enim eſt ex earum numero ſpecierum, quæ ad primam rudemque materiam reduci nequeunt, ideoque formæ, non carinæ cauſam ſequi deberet. Reſponſio duplex eſt; Una, per carinam non intelligi lignum, ſive materiam navis univerſam, ſed infimam ejus partem, & fundamentum, cui reliqua navis inædificatur, ut hæc ejus vocabuli certa & fere perpetua ſignificatio eſt. Si quis igitur ædificet navem ſuper alienam carinam, ille dominum facit eum, cujus eſt carina; quemadmodum ſi quis inferiorem ædificii partem, quæ ſolum contingit, ad ſe pertinere probare poteſt, reliquam domum à vicino impoſitam rectè ſibi vindicat *l. 2. C. de Rei Vin.* qua re tollitur antinomiæ ſpecies, quæ eſſe creditur inter hanc *l. 61.* & *l. 26. in pr. d. A. R. D.* ubi convenienter receptæ de Specificatione doctrinæ, reſpondet Paulus; ſi de meis tabulis navem feciſſes, tuam navem eſſe, quia non amplius tabulæ vel cupreſſus, ſed cupreſſeum corpus & navis eſt. Loquitur de ſtructura navis integra, non de ædificatione ſuper alienam carinam. Eſt alia reſponſio laudata Connano *d. lib. 3. c. 6.* ultima verba, *nam proprietas totius navis carinæ cauſam ſequitur*, ad priorem legis partem, non ad ultimam pertinere; Quę reſponſio placere non poſſit, niſi tota lex cum paraphraſi ultimę partis recenſeatur. Hoc modo; *Minucius interrogatus, ſi quis navem ſuam alienâ materiâ refeciſſet, num nihilominus ejuſdem, navis maneret, reſpondit, manere. Sed ſi in ædificandâ ea idem feciſſet, non poſſe* ejuſdem dominum manere, *Julianus notat*; ut priore caſu. *Nam* illo *proprietas totius navis carinæ cauſam ſequitur*; Carina pro materia navis accepta, ut fit. Hoc autem caſu, quod ædificatum eſt, non amplius lignum, ſed navis, ac ita dominium alterius eſt; utroque ſenſu Julianus à communi doctrina minimè recedit, ut volunt Antinomiarum Præcones.

Ulpianus Lib. 51: ad Edict.

Qui reſtituere juſſus Judici non paret, contendens, non poſſe reſtituere; ſiquidem habeat rem, manu militari, officio Judicis, ab eo poſſeſſio transfertur, & fructuum duntaxat omniſque cauſæ nomine condemnatio fit. Si vero non poteſt reſtituere, ſi quidem dolo fecit, quominus poſſit, is, quantum adverſarius in litem, ſine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus eſt. Si verò nec poteſt reſtituere, nec dolo fecit,

cit, quominus poſſit, non pluris, quam quanti res eſt, id eſt, quanti adverſarii interfuit, condemnandus eſt. Hæc ſententia generalis eſt; & ad omnia ſive interdicta, ſive actiones, in rem ſive in perſonam ſint, ex quibus arbitratu judicis quid reſtituitur, locum habet. l. 68. d. Rei Vind.

1. Antonius Faber *lib. 16. Conjectur. c. 17. Jampridem*, inquit, *tota hæc lex mihi ſuſpecta viſa eſt &c. Nunc vero audacter adfirmo, ne unum quidem verbum in tota lege eſſe*, quod Ulpiano adſcribi *debeat, omnia eſſe Triboniani.* Quę eſt admodum nova Cenſura, licet haud nova Fabro, cujus aliquot id genus ſpecimina habuimus. Repetendum eſt tamen, hoc modo inſtitutum & morem emblematicum, quo Tribonianus aliquando peccaſſe dicitur, ἀφαιρεῖν, προσθεῖναι, ἀλλοιῶσαι, *Addendo* aliquid, *ſubtrahendo, vel mutando* in verbis veterum Juris-conſultorum, enormiter excedi. Integram Legem fingere & componere eamque Ulpiano adſcribere, nimis improbum ſit factum, nec ullo modo cum pręcepto Juſtiniani comparandum. Is ita pręceperat, ut Tribonianus cum ſuis Adjutoribus, è veterum operibus excerperent ea quę Artem perficerent, omniaque ad uſum adtemperarent, nominibus auctorum pręſcriptis, ut illis ſua laus maneret. Huic inſtituto ſatis erat conſentaneum, paucis verbis dicta veterum flectere ad uſum temporis Juſtinianæi; modo id ſine contradictione & confuſione fieret: Sed integrum & novum ſcribere commentarium, eique Ulpiani vel Papiniani præſcribere nomen, & locum, unde deſcriptus ſit commentitius ille commentarius, id vere flagitium & falſi crimen in Triboniano fuerit: quod liceat nobis ut præjudicium opponere Fabri cenſuræ, potius quam acerbius de illo judicium; quod in cauſa fuiſſe reor, quominus Wiſſenbachius noſter hunc locum inter *emblemata Triboniani* retulerit. Videamus rationes Fabri.

2. Primum ejus argumentum eſt è ſtylo hujus legis 68. qui totus redoleat manum Triboniani, & Ulpiano ſit indignus: Specimina monſtrat hæc; *Siquidem habeat rem. Si vero non poteſt reſtituere, Si quidem dolo fecit. Si verò nec poteſt. Ad omnia ſive Interdicta ſive actiones. Actiones in rem ſive in perſonam ſint. Ad omnia locum; pro in omnibus:* quæ phraſes occurrunt in *hoc textu. Malâ ubique grammaticâ*, ait Faber, *quam Ulpianus non ſolum bonam, ſed etiam elegantem dediſſet.* Reſpondet Bachovius, *hanc rationem eſſe nullius pretii, præſertim profectam ex ore Antonii Faber, qui minime bonus eſt criticus, tract. de Action. th.* xı. Oportet tamen ex intima Criſi petitum ſit, quicquid hoc eſt argumenti; quod quidem in hoc genere non eſt ſpernendum, ut nec Antonii Fabri judicium utcunque perpetuis lacerati Bachovianis argutiis & convitiis, etſi Wiſſembachium noſtrum hac parte Bachovius abripuerit. Attamen in hac criſi, forte an præter ultimam, qua ſtylum hujus *l.* 68. Faber inſectatur, *ad omnia locum habet*, ego tam naſutus non ſum, ut malæ grammaticæ notas in illis excerptis locutionibus animadvertam, nec iſtud *ad omnia* tam ab elegentiâ quam ab analogia deflectens animadvertas, de quo confer ſis Ulpiani locutionem in *l. 1. pr. De Legat. præſt.* Proinde miſſis verbis, rerum argumenta poſt Bachovium *d. loco* & Wiſſembachium ad *h. t. th.* 14. non tamen ex illis, ut conferenti liquebit, conſideremus.

3. Ex rebus primum, quod in *hac Lege* malè habet Fabrum, eſt, quod ſcribit Inde *à princ.* eum, qui reſtituere juſſus judici non paret, ſi rem habeat, cogen-

dum

Digitized by Google

dum *manu militari*, ut rem reſtituat. 1. *Quia id fieri non poſſit, ſine vi & impreſſione, quam Legiſlator exoſam habeat*; Reſp. Eſt hæc vis quædam legitima, non tam exoſa legum Auctori, quam in rebus judicandis neceſſaria. 2. Movet inſtantiam ex *l. 1. C. de off. milit. jud.* Ubi, *nunquam omnino in privatorum negotiis Vel tuitio militaris*, Vel *executio tribuatur*. Reſponde ſis, ibi, ne vis armatæ militiæ in civilibus negotiis à judicantibus adhibeatur, præcipi; quod aliis quoque legum conditoribus curæ fuit, etiam Friſiis, qui haud temere ullum Juris Civilis ſalubre monitum negligunt *lib. 3. Stat. tit. 5. art. 1.* Idque Friſii orientales inter leges ſuas fundamentales numerant. Ex quo principio, cum Prætor quidam, Vir Nobiliſſimus anno MDCLX. militari manu ſtipatus in executione poſſeſſoria, reſiſtentibus qui erant in poſſeſſione, occubuiſſet, diſputatum fuit à nonnullis, haud injuria cæſum videri, quod contra leges manu militari uſus eſſet. Verum in hac *L. manus militaris*, non eſt, è cohortibus militum ſacramento in numeros relatorum, ſed globus miniſtrorum aut lictorum adſiſtentium Executoribus, qui armis inſtructi, ſunt manus miniſtrorum *l. 7. §. 2. Si vent. nom.* aut manus militaris vocantur, etiam in *l. 3. pr. Ne vis fiat ei*, qui eſt locus Ulpiani ex *Lib. 68. ad Edict.* quem locum æquè corruptum eſſe à Triboniano, non eſt indulgendum Fabri, litem lite reſolventis, conjecturæ. Officium militare quod dicitur in *l. 2. C. Si mancip. ita ven. ne proſtit.* huc etiam pertinet. *Sed adminiculum militare* in *l. ult. C. de His qui Latr.* de militibus veris intelligendum, quia Latronibus corripiendis civile adminiculum, quod ibidem memoratur, ſæpe non ſufficit, & publica utilitas, quæ in civilibus repudiat milites, illos in latronibus capiendis flagitat.

4. Pergit Faber; *Juris ratio non patitur*, inquit, *ut incipiatur ab executione, id eſt, ut executio præcedat condemnationem l. 1. C. de Execut. rei jud. Atqui præceptum illud Judicis rem reſtitui jubentis, non eſt condemnatio, ſed arbitrium, quod in omnibus actionibus arbitrariis, cujuſmodi eſt vindicatio, præcedere oportet, ut, ſi non pareatur, condemnatio ſequi poſſit l. 14. §. 4. Quod met. C. §. præterea 31. Inſt. de Action.* Et tamen Executio, *ſic adſumi vult*, ſtatim ſequitur illud Arbitrium, ac ita præcedit ſententiam, ſive condemnationem peremptoriam. Reſponſio eſt, Arbitrium, quo judex in actionibus Arbitrariis, cauſa cognita, rem petitori jubet reſtitui, non eſſe quidem ſententiam ſemper & ſimpliciter, eſſe tamen aliquando; ſi reus rem, uti juſſus eſt, reſtituat: tunc enim, alia non ſequitur, niſi fructuum cauſa, condemnatio, quę cum priore tum conjungitur, ut pariter ſententiam efficiant. Ponamus hoc paulo plenius. In actionibus Arbitrariis judex hanc formulam accipiebat; *Si paret rem quam Titius poſſidet, eſſe Caji, Judex condemna*, ut ad *§. 31. I. de Action.* dictum eſt. Secundum hanc formulam, judex cauſam cognoſcebat, & ſi rem petitoris eſſe comperiſſet, hanc reſtitui jubebat. Si reus parebat, nihil amplius ſupererat, quam ut fructus Judicis officio reſtituere juberetur: Ita, ut ille juſſus rem ipſam reſtituendi, cum ultima adjudicatione fructuum, pariter efficerent condemnationem actionis naturæ convenientem. Quod ſi reus non reſtitueret ipſam rem, ſequebatur condemuatio peremptoria, ſimul ad rem & fructus reſtituendos *d. l. 14. §. 4. Quod met. C. & §. 31. I. de Action.* Neque tamen ſemper Judex ita ſervabat: Naturę quidem

 actio-

actionis id ita conveniens erat; officium Judicis aliquando ſecus injungebat. Huc pertinet, quod Paulus habet in *l.* 18. §. 1. *Quod met. C. Non tamen ſemper, ait, in hoc judicio*, quod eſt arbitrarium, *Arbitrio*, id eſt, juſſu prævio *judicis, dandum eſt. Quid enim, ſi manifeſtum ſit, reſtitui non poſſe? veluti, ſi ſervus dolo malo traditus defunctus ſit: Ideoque protinus condemnari debeat in id, quod interſit actoris.* Eadem ratione; Si palam ſit Reum & habere rem & poſſe reſtituere, ut in hac lege ſit, quamvis hoc neget; Judex omiſſis ambagibus, non ferens auctoritatem ſuam contumaciâ rei manifeſtâ per calumniam de ordine judicii & actionis Naturę, eludi, per miniſtros executionis armatos rem jubebat reſtitui, & in fructus addebat condemnationem, perinde ac in reſtitutione voluntaria fieri ſolitum eſſe diximus; ut etiam hoc ſenſu & caſu Arbitrium illic eſſet Sententia.

5. Hinc fluit reſponſio ad præcipuas Fabri difficultates ex hoc principio petitas. I. quod executio inquam, ex hac L. præcedat ſententiam. Reſp. Non fit, Arbitrio ſententiæ vim habente, quam diximus. II. Quod poſt ſententiam & ejus executionem de fructibus Judex amplius pronuntiare non poſſit, ut tamen heic fit, ſi Arbitrium, ut ponitur, ſententia ſit *l.* 3. *C. de fruct. & lit. exp.* Reſp. Ordinario agendi modo ſic eſt; non uſquequaque ita, ubi Judicis officio extra ordinem proceditur. Arbitrium de reſtituendo habet vim ſententię, ſuſpenſam exinde, ſi reus aut ultro pareat, aut calumnioſe juſſum judicis eludat; quo caſu ſuſpenſa prius ſententiæ vis operatur & durat ad plenum reſtitutionis, etiam quod ad fructus attinet, effectum. In Arbitrium ſive juſſum reſtituendi non venere fructus, ſed officio judicis præſtari jubentur *l.* 48. *h. t.* Et cum hoc negotium in *l.* 68. non jure actionis, ſed officio judicis adminiſtretur, nihil vetat, id quod in Arbitrio non fuit, officio Judicis nondum finito comprehendi. Huc accedit, quod taxatio fructuum poſt ſententiam plerumque fit, etiam in hodierna tritura Fori, ex officio, quia in prima ſententia nonniſi ſimplex in fructus condemnatio fieri ſolet nec aliter commodè poteſt.

6. Simul inde conſtat, non habendam eſſe hanc legem, pro Conſtitutione Juſtiniani abrogantis actiones arbitrarias, ut vult Faber in *fin. d. cap.* 17. cum ipſe Iuſtinianus actiones arbitrarias adhuc poſt compoſitas Pandectas, agnoverit & juri convenienter antiquo expoſuerit in *d.* §. 31. *I. de Action.* In toto Iure ſic crebro fieri videmus, ut officium Iudicis à Iure diſcrepet actionis, eſtque unum hoc è præcipuis philoſophiæ juridicæ capitibus, ut *ad tit. I. de off. Judicis* demonſtratum eſt. Ius actionis arbitrariæ eſt, ut primo fiat juſſum, ad reſtituendum & dein ſi non pareatur, condemnatio gravior. Officium Iudicis eſt ut rem ſtatim auferri jubeat, *ſi rem contendat ſe non poſſe reſtituere*, quam tamen habet, & quam poſſe reſtitui, patet ex eo quod ſequitur, ex ablatione per judicem factâ; plane, quemadmodum ſtatim, ſine prævio Arbitrio ad reſtituendum, conſtet, non poſſe reſtitui, in id quod intereſt, fit condemnatio. Geminum huic quæſtioni exemplum in proceſſu poſſeſſorio habemus; qui ordinarius eſt per viam interdicti & judicis dati; ſed aliquando Prætor extra ordinem, decretum reſtituendi poſſeſſionem exequitur, nonnunquam etiam per manum militarem. *l.* 3. *in pr. Ne vis fiat ei qui miſſ. in poſſ.* Eadem duplex procedendi methodus habetur in *l.* 1.

§. 1. *Si*

§. 2. *Si mul. ventr. nom.* Qui dolo poſſidet, is aut per interdictum, ordinaria via, iiſde amovetur, aut Prætor cum extra ordinem decedere cogit, manu miniſtrorum, quæ aliàs Manus militaris appellatur. Ex quibus locis apparet, ipſo jure veteri non eſſe inſolens, ut officium Iudicis ordinariam actionis viam prævertat, ſine violatione regulę inviolabilis, quę ab executione non eſſe inchoandum docet.

7. Unum male habet in *d. l. 68.* quod extraordinarium illud remedium *Manus*, ubique Prætori adſcribitur, hic verò judici; Quamvis autem Prætor etiam Iudex appelletur in *l. 1. l. 81. d. Judic.* id tamen hoc loco fieri non videtur; quia in actionibus arbitrariis, Juſſus judicis rem jubentis reſtitui, nonniſi ad judicem pedaneum referri poteſt. Neque tamen dici poteſt, hæc verba, *judicis officio*, à Triboniano eſſe infarta; quia Prætoris partes in hoc Arbitrio, ſive juſſu Judicis interlocutorio intervenire non potuerunt. Ergo dicendum ita; Prætoris manum ſemper judici, vel ordinaria via, vel ex officio procedenti, fuiſſe paratam; ſicut executionem ſententiarum à Judicibus pedaneis latarum, à Prætoribus eſſe profectam, ſatis conſtat, & ad *tit. de Offic. Præt. & de Juriſd.* demonſtratum. Officium igitur Iudicis & Manus Prætoris ſunt res conjunctę, ut quod Iudex à Prętore datus ex officio pronuntiat, id per manum miniſtrorum ejus executioni detur.

8. Hac nube difficultatum perrupta, quod ſupereſt facile diſſipabitur, niſi quid incidat novi ſcrupuli. Quid juris ſit, quando reus per contumaciam, Iudicis arbitrio inſultat, neque rem, quam certo poteſt, vult reſtituere, dixit in priore periodo Ulpianus. Quod ſi reſtituere non poſſit, ita diſtinguit; Aut dolo factum eſt, quominus poſſit, aut res ſine dolo non habet facultatem. Priore caſu tenetur in id, quantum adverſarius in litem, ſine ulla taxatione, in infinitum juraverit; Altero, duntaxat in id quod intereſt tenetur. Hanc diſtinctionem Juris rationi ſatis eſſe convenientem nec ipſe Faber negat.

9. Sed de jurejurando in litem agit prolixe. Ad nos vero hoc unum ſpectat, & novum parit *cenſuræ* periculum, quod Ulpianus ſcribit, Petitorem, cui res non reſtituitur, *ſine taxatione* jurare in infinitum, quia judicis officio taxationem jurijurando in litem adjici poſſe, atque ſolere ſcribit idem qui hic eſt, Ulpianus in *l. 4. §. jurare 2. de In lit. jur.* quā de re perplexè diſputat Faber, ipſumque *§. jurare*, contendit à Triboniano eſſe interpolatum. Gloſſā diſtinguit inter taxationem legis & judicis, priorem in *l. 68.* poſteriorem in *d. l. 4. §. 2.* eſſe intelligendam, quam diſtinctionem refellit Faber, neque de illa quicquam Bachovius. Mihi ut verum fatear, hæc verba; *ſine ulla taxatione damnandum* in *l. 68.* ἐμφαντικώτερον videntur, quam ut taxationem à judice faciendam, de qua in *l. 4. §. 2.* admittant. Neque tamen placet, quod Faber vult, in hac *l. 68.* Conſtitutionem Imperatoris eſſe, quę in caſu rei vindicationis, ſi reus dolo poſſidere deſierit, nullam judicis taxationem admittat. Eritne igitur hęc Ulpiani ſententia, Petitorem rei, quę dolo poſſidentis reſtitui non poteſt, ſemper in infinitum, ſine ulla taxatione, in litem jurare poſſe? Non credo, quia tum cauſa nulla eſt, quare taxatio in univerſum à jurejurando in litem removeri non debeat; quia locum id habet unicè, in reſtitutoriis actionibus, & cum dolus non reſtituentis interve-

Digitized by Google

tervenit. *l.* 4. §. *ult.* 5. *in pr. d. tit. de in lit. jur.* Quid ergo? Accurſius taxationem à lege faciendam in hac *l.* 68. ſed in *l.* 4. §. 2. à judice adhibendam intelligit; idque communiter acceptum eſt; Sed hic locus in *l.* 68. totus ad Judicis officium ſpectat, ut difficile ſit, hoc admittere. Si quis ita putet, hæc verba *ſine ulla taxatione*, fuiſſe in margine, vel inter lineas *d. l.* 68. adjecta, ad explicationem verborum *in infinitum*, ac inde per errorem deſcribentium in textum irrepſiſſe, me non habebit refragantem. Ita ſane *d. l.* 68. cum *d. l.* 4. §. 2. cum & ibi qualitas jurisjurandi in litem *in infinitum*, accipiat temperamentum taxationis, conciliabimus. Si quis aliter hunc ſcrupulum eximere poſſit, ut Crifi abſtinere liceat, huic aliquanto libentius adſtipulabimur. Videbimus iterum ad *tit. de in lit. jur.*

10. Ultimum verſum *d. l.* 68. non diſſimulemus, eſſe nobis ſuſpectum manus emblematicæ, quemadmodum & Faber eum aperte Tribonianum ſapere ſcribit; tam forte verborum quam rerum causâ; non adeo tamen effuſe quam Fabro viſum. *Eſt enim falſum*, inquit ille, *in omnibus actionibus arbitrariis, & in Interdictis, manu militari auferendam eſſe poſſeſſionem, quæ ſit penes reum reſtituere nolentem; Falſius vero, jurari in litem in omnibus arbitrariis actionibus; falſiſſimum denique, in interdictis reſtitutoriis, jusjurandum hoc locum habere poſſe.* Si quid addere locis veterum juri recentiori conſentaneum, non ſemper crimen Triboniani ſit, ut in *hujus operis principio* & ſæpe comprobavimus, falſa tamen & juri contraria textibus antiquorum apponere, duplicem meretur Cenſuram, & Erroris in Arte, quam profitetur Tribonianus, & Calumniæ, quod Suos errores in alios tranſtulerit. Ego duas priores Fabri propoſitiones concedo; ſed adſumptionem illarum nego, in verbis hujus legis ſuprà ſcriptæ ultimis inveniri. Non eſt ſe ipſum ibi, ſemper in actionibus arbitrariis & Interdictis rem manu militari reſtituere nolentibus auferendam; Sed aliquando apertam poſſeſſoris contumaciam, ex officio, citra jus actionis, ita coërceri; quando ſcilicet, contendit, ſe non poſſe reſtituere, quod aliter liquet. Conſequenter non docetur hic in omnibus arbitrariis actionibus ſemper in litem jurari: Sed ubicunque de reſtitutione rei agitur, eaque per dolum poſſidentis non fit, ibi eſſe locum jurijurando in litem, quod puto eſſe verum, ex *l.* 1. 2. 4. 5. *& t. t. ff. de Jurejur. in lit.* Quod autem negat Faber in reſtitutoriis interdictis, huic Jurijurando locum eſſe poſſe, concedimus equidem de viâ Interdictorum ordinariâ, non de extraordinariâ; quando Prætor id agit, ut res ſine morâ & circuitu reſtituatur, idque reus dolo vel contumaciter eludit, ſecundum ea quæ *ſuprà* attulimus. Liceat igitur nobis per Fabri conjecturas, in animum inducere; Tribonianum adeo non fuiſſe & imperitum & impudentem, ut falſas Juris ſententias adſcripſerit Ulpiano.

11. Magis tamen eſt, inquam, ut hanc clauſulam ab Ulpiano non eſſe credam, quia quod in priori parte legis ſcriptum habuimus non eſt ſententia *generalis*, ut ibi ſcriptum eſt; ſed extra ordinem locum habet quando reus manifeſto poſſidet, neque tamen reſtituere vult, verum per contumaciam, Judicis arbitrium eludit. Ultima verba nimis effuſa ſunt, quam ut extraordinario Judicis officio conveniant. Poſtremò nec id reticendum; Actiones in rem hodie non recipere illam varietatem, ut vel reus directe condemnetur ad reſtituendum, & ſi parere nolit,

noſit, res ipſi auferatur; vel primò juſſum reſtituendi per arbitrium interlocutionis ei injungatur, & dein ſequatur condemnatio gravior. Simplex obtinet proceſſus, ut, ſi poſſeſſor rem reſtituere nolit, & petitor dominium ſuum probaverit, condemnetur ad rem cum fructibus reſtituendam, eaque ſententia executioni mandatur, & ſi per dolum vel contumaciam non reſtituatur, in litem, ubi hoc jusjurandum non eſt omnino exoletum, juratur. Tantum eſt.

Furins Anthianus Lib. 1. ad Edict.

In rem actionem pati non compellimur, quia licet alieni dicere, ſe non poſſidere. Ita, ut ſi poſſit adverſarius convincere, rem ab adverſario poſſideri, transferat ad ſe poſſeſſionem, per judicem, licet ſuam eſſe non adprobaverit. l. 80. d. Rei Vind.

1. Hunc locum cenſura ſua notat Autumnus, pœnam mendacii juſtam adipiſcendæ poſſeſſionis cauſam eſſe negans; Rationem adducit ex *l. 1. §. 2. Uti poſſidetis*, ubi docet Ulpianus, ſi controverſia ſit, uter poſſideat, partes ad Interdictum remitti, quod hujus rei cauſa redditur, ne vis fiat ei, qui poſſidet. Et qui poſſidere deprehenditur, huic Prætor vim fieri vetat. *Ergo, ſi appareat, rem ab adverſario poſſideri, non poteſt transferri poſſeſſio in eum, qui ſuam eſſe non probavit*, inquit Autumnus. Verba perdidero, quibus infirmitatem hujus dialecticæ arguere velim, & demonſtrare, quod in hac *l. ult.* controverſia non ſit, uter poſſideat; cum petitor hic ſe nullo modo poſſidere contendat, neque vim poſſidenti inferat, Sed actionem movet de proprietate rei, quam alius poſſidet, adverſus hunc ut poſſidentem, qui calumnioſe negando ſe poſſidere, judicium eludit atque pervertit. Cujus malitiæ juſtiſſima pœna ſtatuitur, ut poſſeſſio in Actorem transferatur, quo Reus deinde juris ſui probandi & perſequendi, cujus alteri copiam facere noluit, partes ſuſcipiat.

2. Quid eſt autem hoc, quod Furius Anthianus dicit, non compelli nos actionem in rem pati, quia licet alicui dicere, ſe non poſſidere? Quid igitur hoc dicendo peccavit, in tantum, ut præ ſe ferendo quod licet, amittendo poſſeſſionem ſuam male mulctetur? & quomodo licere poteſt dici, quod non minus eſt, quam improbè mentiri? Ad hoc, prius reſpondeamus; Licere non eſt aliud quam facultatem habere faciendi, tametſi ratio non probet; Eſt aliquid quod non oportet, etſi liceat, ait Cicero, *Pro Balbo*, qua de re pluribus actum ad *l. 16. §. 4. d. Minor.* Licet igitur dicere, ſe non poſſidere, ſuo periculo ſcilicet. Ac ita non cogitur aliquis incontinenti actionem in rem ſuſcipere; quia negando ſe poſſidere, tollit agendi facultatem: Ad quam, detecto mendacio, compellitur, poſſeſſione in adverſarium tranſlata; quem proinde, ſi rem perdere nolit, convenire cogitur, juſtiſſimma valdeque ad rem apposita pœna; Quam quod Groenewegius *hic*, in deſuetudinem abiiſſe ſcribit, ego cum Brunnemanno *in Comment.* ad *banc L.* de Hollandia forte, paucisque regionibus aliis, quæ jure ſcripto nonniſi arbitrariè utuntur, eſſe verum, in univerſum nequaquam puto: Uti nec illud, quod in genere ſcribit idem Groenewegius, omnes pœnas, quibus alicui

petitionem Impenſarum ac meliorationem eludere per compenſationem fructuum, è quibus liberaliter vixit bonæ fidei poſſeſſor, qui hac ratione, gravi damno mulctaretur. Ergo, fiat, inquit, æſtimatio & compenſatio fructuum adhuc extantium cum perceptis poſt litem conteſtatam: ſed ad conſumptos, aut etiam uſucaptos ne cogar extendere compenſationem. Hoc adeo ita Juris eſſe putavit & tradidit Anton. Faber in *lib.* 7. *C. Sab. tit.* 18. *de fruct. & lit. exp.* Idque Suprema Friſiorum Curia probavit, apud Sandium *d. def.* 2. *tit.* 15. *lib.* 3. ratione ſpecioſâ, quod fructus extantes antea percepti, cum his qui poſt litem conteſtatam percepti fuere, ſint reſtituendi, *l.* 22. *C. h. t.* Ergo etiam compenſandi. Conſumpti ut non ſunt reſtituendi, ita nec compenſandi ſint. Sed utcunque reſtrictio illa, tam æquitatis quam dialectica ſpecie blandiatur, Juridica tamen non eſt, ut ipſe Faber dubitatione multa defunctus agnoſcit, in *rational.* ad *d. l.* 48. De Papiniani ſententia, dubitare non patiuntur hujus verba textus: Et Æquitatis ſpecies removetur inde, quod antea diximus, indulgentiam hanc eſſe legum, ut bonæ fidei poſſeſſor, lucrum quod vere lucrum ſit, è fructibus retineat; non eſt autem lucrum, penes ipſum reſidens, quod è fundo profectum rurſus in fundi meliorationem impenſum eſt. Nec, etſi forte ſumpſit aliunde poſſeſſor, quod impendit, id jus petitoris mutat; à quo poſtulandum non eſt, ut meliorationes, quæ de fructibus rei ſuæ fieri potuiſſent, & quas ipſemet inde feciſſet, reſtituere, & fructus è re ſua ab alio perceptos nec repetere nec compenſare poſſit: Præter quod tralatitii juris eſt, multa quæ peti nequeunt, poſſe compenſari *l.* 6. *d. Compenſat.*

5. Adhuc alia reſtrictio, vel potius cenſura ſententiæ Papinianeæ tentata fuit, hoc modo; Fiat compenſatio fructuum poſt meliorationem perceptorum. Hos enim b. f. poſſeſſor in ſolutionem impenſarum convertere debuit, vel ſi neglexerit, habet quod ſibi imputet. Verum, quos percepit fructus, & quos conſumpſit, antequam de impenſis extraordinariis cogitaret, hos ipſi relinquere ſit tandem æquitatis peremptoriæ. Amplexi ſunt hoc temperamentum Supremæ Curiæ apud Friſios major pars dominorum, ut teſtis in ea re Sandius eſt, *loco citato.* Quippe ita fere uſu venit in conflictibus arbitrariæ æquitatis, cum in hypotheſi verſamur, adverſus regulas Juris generales, quæ non ſunt adductæ in hypotheſin contrariam; ut aliquod medium eludendæ legi, ab iis qui hanc paulo duriorem putant, excogitetur: Etſi nec Judicis hoc neque boni Interpretis eſſe recte quis dixerit. Nihil eſt certius, quam Papinianum dare compenſationem omnium fructuum ante litem conteſtatam perceptorum & conſumptorum, ſive ante, ſive poſt factas meliorationes. Idque rationi Juris antea demonſtratæ ita conſentaneum eſt, ut ob ſingulares circumſtantias, quæ tamen ab intentione Legiſlatoris non abhorreant, à regulis juris non ſit recedendum. Maneat igitur ſententia Papiniani integra, & hic locus non modo ab emendatione liber, ſed etiam immunis à Cenſura.

Julianus

Digitized by Google

Julianus Lib. VI. ex Minucio.

Minucius interrogatus, ſi quis navem ſuam ex alienâ materia refeciſſet, num nihilominus ejuſdem navis maneret; reſpondit, manere. Sed ſi in ædeficanda eâ idem feciſſet, non poſſe, Julianus notat; nam proprietas totius navis carinæ cauſam ſequitur. l. 61. d. Rei Vind.

Juſtinianus Auguſtus.

Cum ex aliena materia ſpecies aliqua facta ſit ab aliquo, quæri ſolet, quis eorum naturali ratione Dominus ſit; utrum is, qui fecerit, an potius ille, qui materiæ dominus fuerit &c. Et poſt multam Sabinianorum & Proculejanorum ambiguitatem, placuit media ſententia, exiſtimantium, ſi ea ſpecies ad priorem & rudem materiam reduci poſſit, eum videri dominum eſſe, qui materiæ dominus fuerit: ſi non poſſit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit. §. 25. Inſt. de Rer. diviſ.

1. Prior pars Legis *Minucius*, non habet difficultatem. Partibus enim mutatis, rem eandem manere, licet toties refecta ſit res, ut tandem nulla non pars ejus nova ſit, in eo Juris auctores conſentiunt: idque πραγματικῶς demonſtratur ab Alfeno in *l. 76. d. Judic.* ubi pluribus utitur exemplorum inſtantiis, inter alia corporis humani, quod idem ſit hodie cum eo quod ante annum fuit, etſi jam nulla in corpore noſtro particula, quæ tum fuit exiſtat, ut μάλα φιλοσόφως ille demonſtrat. Sed altera pars Legis de navis ædificatione docet, navem ex alienâ materia factam, non eſſe ejuſdem, cujus eſt materia; ſed eundem eſſe dominum, qui dominus eſt carinæ, hac voce pro materiâ, ut communiter intelligunt, acceptâ; etſi propriè ſignificet infimam navis partem. Sed hac de re ſtatim preſſius.

2. Hiſtoriam doctrinæ de Specificatione refert Juſtinianus in ſupra ſcripto §. 25. & Gajus in *l. 7. §. 7. d. A. R. D.* ubi hæc res iterum occurret; ſed ſed ubi primum offertur, eam tranſvehi non licet. A Romanis Juriſperitis diſſentiunt cum alii, tum Franciſcus Connanus & Hugo Grotius. Primus in *lib. 3. Comment. cap. 6.* in diverſum diſputat, ut primo quidem à manu præceptorum ſeſe emancipet; *Juris-Conſultorum*, inquit, *auctoritatem tantiſper ſequi decrevi, dum doctrinæ ſuæ rationem adferent. num. 6.* Bene pro philoſopho, non æque pro Juris Interprete, qui hunc morem ſequutus pleraque certa quærendo rationes, everteret, ut Neratius obſervat in *l. 21. d. LL.* Sed nos in inſtituto, adſerendi Jus Rom. rectæ rationi, verſamur. Pergat igitur Connanus; Quod *generaliter à JurisCtis traditur, cum ſpecies ad eandem materiam reduci non poteſt, eam eſſe ejus, qui fecit: ſin autem reverti poteſt, ejus eſſe, qui materiæ dominus eſt, non probatur mihi. Neque perſuadebunt mihi unquam, ut vinum ex uvis meis factum, non meum potius ſit, quam ejus, qui fecit n. 3.* Ipſe vero ita arbitratur: Animadvertendum eſſe, in utra plus valoris & pretii ſit, in materia, an arte faciendi. Si materia pluris ſit, eum eſſe dominum ſpeciei factæ, cujus materia fuit: Si Artis operæque æſtimatio ma-

teriæ pretium ſuperet, cum eſſe dominum, qui ſpeciem fecit. Juris-Conſulti verò naturam ipſam rerum, non æſtimationem pretii ſpectant. De natura & conſtitutione rerum, Sabiniani ſive Caſſiani ita ſtatuebant; materiam, ſpecici factæ magis ſubſtantialem eſſe, quam formam; Ideoque navem factam ejus eſſe, cujus fuit lignum, ſicut poculum ex alieno argento factum, ejus eſt cujus fuit argentum. Proculejani vero ſive Pegaſiani putabant, formam magis eſſentialem ſpeciei factæ eſſe, quam materiam. Ideoque eum qui feciſſet poculum vel navem ex aliena materia, quia produxerat rem, quæ prius non fuerat, hunc pro domino ſpeciei eſſe habendum. Quid profert Connanus, quamobrem pretii potius, quam naturæ ipſarum rerum habenda ſit ratio? Nobis utravis antiquorum ſententia magis placet, quia conſtitutio rerum naturalis & ſtabilis eſt in ſe; Valor & pretium ab hominum arbitrio & variabili æſtimatione pendet, dum alius artificium plurimi facit, alius operam manuſque pretium contemnit: denique, rationem dominii ab eo, quod extrinſecus accedit, ut eſt pretium, potius, quam ab ipſius rei conſtitutione petere, non habet rationem. Recentior ſchola Juris-Conſultorum veterum, obſoleſcente factionum præjudicio, mediam inſtitit viam; ut dominium ſpeciei modo eſſet penes materiæ dominum, modo penes auctorem formæ, prout hæc aut illa prævaleret: jus autem prævalentiæ iidem non à pretio, ſed iterum à conſtitutione rerum accuratius conſideratâ petierunt. Si talis eſſet ſpecies, quæ facile ad primam rudemque materiam reduci poſſet, ut poculum, vivere adhuc materiam, in actu ſaltem primo, eique ſuum jus adſerendum putarunt, ut cujus hæc fuiſſet, is dominus ſpeciei habeatur: Quod ſi nova ſpecies ad primam rudemque materiam reduci non poſſit, ibi jus materiæ exſtinctum, nec quidem actu primo ſupereſſe judicarunt: Ac ideo exiſtimarunt, dominium ejus, qui ſpeciem feciſſet, eſſe debere; ſalva utroque caſu actione in factum, ad repetendum materiæ, vel operæ pretium. Si ratio ſive Caſſianorum opinio, ut demonſtravimus, delecta ex illis & elaborata, qua dominium certo loco, quod Juris auctores quærunt, conſtituatur, illa ſine dubio præferenda eſt; ut dicere nobis liceat, Juſtiniani dinſtinctionem, quam Connani, eſſe meliorem.

3. Quin nec vana prædicatio fuerit, ſi adverſus ipſam Grotii cenſuram, Caji, Juliani & Juſtiniani diſtinctionem ſuſtineri poſſe contendamus. Sic ille ſcribit, *At ſi naturalem veritatem reſpicimus, ſicut confuſis materiis, communionem induci, pro rata ejus quod quiſque habeat, Romanis quoque Juris-Conſultis placuit, quia res alium exitum naturaliter reperire non poterat, ita cum res conſtent materiâ & ſpecie, tanquam ſuis partibus, ſi alterius ſit materia, alterius ſpecies, ſequitur, naturaliter rem communem fieri, pro rata ejus, quanti unumquodque eſt. Species enim pars eſt ſubſtantiæ, non ſubſtantia tota, quod Ulpianus vidit, cum dixit, mutatâ formâ, prope interemptam ſubſtantiam.* Ita Grotius *lib. 2. cap. 8. n. 19.* Exiſtimo, Juris-Conſultorum ſententiam non paulo civiliorem & ſolidiorem eſſe, quam hæc Grotiana, per quam primo fit hoc, quod Juris-conſulti ſummopere evitandum putarunt, ut communio introducatur, quam illi ut matrem diſcordiarum, ſecundum ipſam rationem naturalem, de pace quærenda, ſemper averſati ſunt. Dein habet id commune cum opinione Connani, quod ineunda ſit formæ ſive ſpeciei æſtimatio, ſecundum quam, partes conſtituantur. Denique, illa partitio,

tio, rei velut, in duas integrantes, quæ ſint, materia & ſpecies ſive forma, nimis eſt impropria nimiſque ſubtilis, an inſubtilis, quam ut juris concluſiones efficere poſſit. Nec habuit Ulpianus eam in conſpectu, cum dixit, mutatâ forma, prope interimi ſubſtantiam, ſed hoc voluit, mutata rei forma, novam rem eſſe factam: extincta materiæ appellatione & conſideratione, quæ fuerat prius, civiliter potius quam phyſice; quod ad juris differentiam ſufficiat. Inde igitur nova res novumque dominium oritur, procul habita ratione communionis & diviſionis, ſecundum valorem formæ & materiæ, qua nihil alienius à mente Ulpiani & reliquorum Juris-Conſultorum; addere non verear, à ratione recta.

4. Hæc pro Specificationis doctrina ſuffecerint. Verum enim vero ſatin' cum ea convenit hoc Juliani reſponſum, quo navem ædificatam carinæ, id eſt, Ligni cauſam ſequi, adfirmare videtur? Navis enim eſt ex earum numero ſpecierum, quæ ad primam rudemque materiam reduci nequeunt, ideoque formæ, non carinæ cauſam ſequi deberet. Reſponſio duplex eſt; Una, per carinam non intelligi lignum, ſive materiam navis univerſam, ſed infimam ejus partem, & fundamentum, cui reliqua navis inædificatur, ut hæc ejus vocabuli certa & fere perpetua ſignificatio eſt. Si quis igitur ædificet navem ſuper alienam carinam, ille dominum facit eum, cujus eſt carina; quemadmodum ſi quis inferiorem ædificii partem, quæ ſolum contingit, ad ſe pertinere probare poteſt, reliquam domum à vicino impoſitam rectè ſibi vindicat *l.* 2. *C. de Rei Vin.* qua re tollitur antinomiæ ſpecies, quæ eſſe creditur inter hanc *l.* 61. & *l.* 26. *in pr. d. A. R. D.* ubi convenienter receptæ de Specificatione doctrinæ, reſpondet Paulus; ſi de meis tabulis navem feciſſes, tuam navem eſſe, quia non amplius tabulæ vel cupreſſus, ſed cupreſſeum corpus & navis eſt. Loquitur de ſtructura navis integra, non de ædificatione ſuper alienam carinam. Eſt alia reſponſio laudata Connano *d. lib.* 3. *c.* 6. ultima verba, *nam proprietas totius navis carinæ cauſam ſequitur*, ad priorem legis partem, non ad ultimam pertinere; Quę reſponſio placere non poſſit, niſi tota lex cum paraphraſi ultimę partis recenſeatur. Hoc modo; *Minucius interrogatus, ſi quis navem ſuam alienâ materiâ refeciſſet, num nihilominus ejuſdem, navis maneret, reſpondit, manere. Sed ſi in ædificandâ ea idem feciſſet, non poſſe* ejuſdem dominum manere, *Julianus notat*; ut priore caſu. *Nam* illo *proprietas totius navis carinæ cauſam ſequitur*; Carina pro materia navis accepta, ut ſit. Hoc autem caſu, quod ædificatum eſt, non amplius lignum, ſed navis, ac ita dominium alterius eſt; utroque ſenſu Julianus à communi doctrina minimè recedit, ut volunt Antinomiarum Præcones.

Ulpianus Lib. 51. ad Edict.

Qui reſtituere juſſus Judici non paret, contendens, non poſſe reſtituere; ſiquidem habeat rem, manu militari, officio Judicis, ab eo poſſeſſio transfertur, & fructuum duntaxat omniſque cauſæ nomine condemnatio fit. Si vero non poteſt reſtituere, ſi quidem dolo fecit, quominus poſſit, is, quantum adverſarius in litem, ſine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus eſt. Si verò nec poteſt reſtituere, nec dolo fecit,

cit, quominus poſſit, non pluris, quam quanti res eſt, id eſt, quanti adverſarii interſuit, condemnandus eſt. Hæc ſententia generalis eſt; & ad omnia ſive interdicta, ſive actiones, in rem ſive in perſonam ſint, ex quibus arbitratu judicis quid reſtituitur, locum habet. l. 68. d. Rei Vind.

1. Antonius Faber *lib. 16. Conjectur. c. 17. Jam pridem*, inquit, *tota hæc lex mihi ſuſpecta viſa eſt &c. Nunc vero audacter adfirmo, ne unum quidem verbum in tota lege eſſe*, quod Ulpiano adſcribi *debeat*, *omnia eſſe Triboniani*. Quę eſt admodum nova Cenſura, licet haud nova Fabro, cujus aliquot id genus ſpecimina habuimus. Repetendum eſt tamen, hoc modo inſtitutum & morem emblematicum, quo Tribonianus aliquando peccaſſe dicitur, ἀφαιρῶν, [illegible], ἀμείβων, *Addendo* aliquid, *ſubtrahendo*, *vel mutando* in verbis veterum Juris-conſultorum, enormiter excedi. Integram Legem fingere & componere eamque Ulpiano adſcribere, nimis improbum ſit factum, nec ullo modo cum pręcepto Juſtiniani comparandum. Is ita pręceperat, ut Tribonianus cum ſuis Adjutoribus, è veterum operibus excerperent eaquę Artem perficerent, omniaque ad uſum adtemperarent, nominibus auctorum pręſcriptis, ut illis ſua laus maneret. Huic inſtituto ſatis erat conſentaneum, paucis verbis dicta veterum flectere ad uſum temporis Juſtinianæi; modo id ſine contradictione & confuſione fieret: Sed integrum & novum ſcribere commentarium, eique Ulpiani vel Papiniani præſcribere nomen, & locum, unde deſcriptus ſit commentitius ille commentarius, id vere flagitium & falſi crimen in Triboniano fuerit: quod liceat nobis ut præjudicium opponere Fabri cenſuræ, potius quam acerbius de illo judicium; quod in cauſa fuiſſe reor, quominus Wiſſenbachius noſter hunc locum inter *emblemata Triboniani* retulerit. Videamus rationes Fabri.

2. Primum ejus argumentum eſt è ſtylo hujus legis 68. qui totus redoleat manum Triboniani, & Ulpiano ſit indignus: Specimina monſtrat hæc; *Siquidem habeat rem. Si vero non poteſt reſtituere*, *Si quidem dolo fecit. Si verò nec poteſt. Ad omnia ſive Interdicta ſive actiones. Actiones in rem ſive in perſonam ſint. Ad omnia locum; pro in omnibus:* quæ phraſes occurrunt in *hoc textu. Malâ ubique grammaticâ*, ait Faber, *quam Ulpianus non ſolum bonam*, *ſed etiam elegantem dediſſet*. Reſpondet Bachovius, *hanc rationem eſſe nullius pretii*, *præſertim profectam ex ore Antonii Faber*, *qui minime bonus eſt criticus*, *tract. de Action. th.* XI. Oportet tamen ex intima Criſi petitum ſit, quicquid hoc eſt argumenti; quod quidem in hoc genere non eſt ſpernendum, ut nec Antonii Fabri judicium utcunque perpetuis lacerati Bachovianis argutiis & convitiis, etſi Wiſſembachium noſtrum hac parte Bachovius abripuerit. Attamen in hac criſi, forte an præter ultimam, qua ſtylum hujus *l. 68.* Faber inſectatur, *ad omnia locum habet*, ego tam naſutus non ſum, ut malæ grammaticæ notas in illis excerptis locutionibus animadvertam, nec iſtud *ad omnia* tam ab elegentiâ quam ab analogia deflectens animadvertas, de quo confer ſis Ulpiani locutionem in *l. 1. pr. De Legat. præſt.* Proinde miſſis verbis, rerum argumenta poſt Bachovium *d. loco* & Wiſſembachium ad *h. t. th.* 14: non tamen ex illis, ut conferenti liquebit, conſideremus.

3. Ex rebus primum, quod in *hac Lege* malè habet Fabrum, eſt, quod ſcribit Inde *à princ.* eum, qui reſtituere juſſus judici non paret, ſi rem habeat, cogen-

dum

dum *manu militari*, ut rem reſtituat. 1. *Quia id fieri non poſſit, ſine vi & impreſſione, quam Legiſlator exoſam habeat*; Reſp. Eſt hæc vis quædam legitima, non tam exoſa legum Auctori, quam in rebus judicandis neceſſaria. 2. Movet inſtantiam ex *l. 1. C. de off. milit. jud.* Ubi, *nunquam omnino in privatorum negotiis Vel tuitio militaris*, Vel *executio tribuatur*. Reſpondeſis, ibi, ne vis armatæ militiæ in civilibus negotiis à judicantibus adhibeatur, præcipi; quod aliis quoque legum conditoribus curæ fuit, etiam Friſiis, qui haud temere ullum Juris Civilis ſalubre monitum negligunt *lib. 3. Stat. tit. 5. art. 1.* Idque Friſii orientales inter leges ſuas fundamentales numerant; Ex quo principio, cum Prætor quidam, Vir Nobiliſſimus anno MDCLX. militari manu ſtipatus in executione poſſeſſoria, reſiſtentibus qui erant in poſſeſſione, occubuiſſet, diſputatum fuit à nonnullis, haud injuria cæſum videri, quod contra leges manu militari uſus eſſet. Verum in hac *L. manus militaris*, non eſt, è cohortibus militum ſacramento in numeros relatorum, ſed globus miniſtrorum aut lictorum adſiſtentium Executoribus, qui armis inſtructi, ſunt manus miniſtrorum *l. 7. §. 2. Si vent. nom.* aut manus militaris vocantur, etiam in *l. 3. pr. Ne vis fiat ei*, qui eſt locus Ulpiani ex *Lib. 68. ad Edict.* quem locum æquè corruptum eſſe à Triboniano, non eſt indulgendum Fabri, litem lite reſolventis, conjecturæ. Officium militare quod dicitur in *l. 2. C. Si mancip. ita ven. ne proſit.* huc etiam pertinet. *Sed adminiculum militare* in *l. ult. C. de His qui Latr.* de militibus veris intelligendum, quia Latronibus corripiendis civile adminiculum, quod ibidem memoratur, ſæpe non ſufficit, & publica utilitas, quæ in civilibus repudiat milites, illos in latronibus capiendis flagitat.

4. Pergit Faber; *Juris ratio non patitur*, inquit, *ut incipiatur ab executione, id eſt, ut executio præcedat condemnationem l. 1. C. de Execut. rei jud. Atqui præceptum illud Judicis rem reſtitui jubentis, non eſt condemnatio, ſed arbitrium, quod in omnibus actionibus arbitrariis, cujuſmodi eſt vindicatio, præcedere oportet, ut, ſi non pareatur, condemnatio ſequi poſſit l. 14. §. 4. Quod met. C. §. præterea 31. Inſt. de Action.* Et tamen Executio, *ſic adſumi vult*, ſtatim ſequitur illud Arbitrium, ac ita præcedit ſententiam, ſive condemnationem peremptoriam. Reſponſio eſt, Arbitrium, quo judex in actionibus Arbitrariis, cauſa cognita, rem petitori jubet reſtitui, non eſſe quidem ſententiam ſemper & ſimpliciter, eſſe tamen aliquando; ſi reus rem, uti juſſus eſt, reſtituat: tunc enim, alia non ſequitur, niſi fructuum cauſa, condemnatio, quę cum priore tum conjungitur, ut pariter ſententiam efficiant. Ponamus hoc paulo plenius. In actionibus Arbitrariis judex hanc formulam accipiebat; *Si paret rem quam Titius poſſidet, eſſe Caji, Judex condemna*, ut ad §. 31. *I. de Action.* dictum eſt. Secundum hanc formulam, judex cauſam cognoſcebat, & ſi rem petitoris eſſe comperiſſet, hanc reſtitui jubebat. Si reus parebat, nihil amplius ſupererat, quam ut fructus Judicis officio reſtituere juberetur: Ita, ut ille juſſus rem ipſam reſtituendi, cum ultima adjudicatione fructuum, pariter efficerent condemnationem actionis naturæ convenientem. Quod ſi reus non reſtitueret ipſam rem, ſequebatur condemnatio peremptoria, ſimul ad rem & fructus reſtituendos *d. l. 14. §. 4. Quod met. C.* & *§. 31. I. de Action.* Neque tamen ſemper Judex ita ſervabat: Naturę quidem actio-

Digitized by Google

actionis id ita conveniens erat; officium Judicis aliquando ſecus injungebat. Huc pertinet, quod Paulus habet in *l.* 18. *§.* 1. *Quod met. C. Non tamen ſemper, ait, in hoc judicio*, quod eſt arbitrarium, *Arbitrio*, id eſt, juſſu prævio *judicis, dandum eſt. Quid enim, ſi manifeſtum ſit, reſtitui non poſſe? velut, ſi ſervus dolo malo traditus defunctus ſit: Ideoque protinus condemnari debeat in id, quod interſit actoris.* Eadem ratione; Si palam ſit Reum & habere rem & poſſe reſtituere, ut in hac lege fit, quamvis hoc neget; Judex omiſſis ambagibus, non ferens auctoritatem ſuam contumaciâ rei manifeſtâ per calumniam de ordine judicii & actionis Naturę, eludi, per miniſtros executionis armatos rem jubebat reſtitui, & in fructus addebat condemnationem, perinde ac in reſtitutione voluntaria fieri ſolitum eſſe diximus; ut etiam hoc ſenſu & caſu Arbitrium illic eſſet Sententia.

5. Hinc fluit reſponſio ad præcipuas Fabri difficultates ex hoc principio petitas. 1. quod executio inquam, ex hac L. præcedat ſententiam. Reſp. Non fit, Arbitrio ſententiæ vim habente, quam diximus. 11. Quod poſt ſententiam & ejus executionem de fructibus Judex amplius pronuntiare non poſſit, ut tamen heic fit, ſi Arbitrium, ut ponitur, ſententia ſit *l.* 3. *C. de fruct. & lit. exp.* Reſp. Ordinario agendi modo ſic eſt; non uſquequaque ita, ubi Judicis officio extra ordinem proceditur. Arbitrium de reſtituendo habet vim ſententię, ſuſpenſam exinde, ſi reus aut ultro pareat, aut calumnioſe juſſum judicis eludat; quo caſu ſuſpenſa prius ſententiæ vis operatur & durat ad plenum reſtitutionis, etiam quod ad fructus attinet, effectum. In Arbitrium ſive juſſum reſtituendi non venere fructus, ſed officio judicis præſtari jubentur *l.* 48. *h. t.* Et cum hoc negotium in *l.* 68. non jure actionis, ſed officio judicis adminiſtretur, nihil vetat, id quod in Arbitrio non fuit, officio Judicis nondum finito comprehendi. Huc accedit, quod taxatio fructuum poſt ſententiam plerumque fit, etiam in hodierna tritura Fori, ex officio, quia in prima ſententia nonniſi ſimplex in fructus condemnatio fieri ſolet nec aliter commodè poteſt.

6. Simul inde conſtat, non habendam eſſe hanc legem, pro Conſtitutione Juſtiniani abrogantis actiones arbitrarias, ut vult Faber in *fin. d. cap.* 17. cum ipſe Iuſtinianus actiones arbitrarias adhuc poſt compoſitas Pandectas, agnoverit & juri convenienter antiquo expoſuerit in *d. §.* 31. *I. de Action.* In toto Iure ſic crebro fieri videmus, ut officium Iudicis à Iure diſcrepet actionis, eſtque unum hoc è præcipuis philoſophiæ juridicæ capitibus, ut *ad tit. I. de off. Judicis* demonſtratum eſt. Ius actionis arbitrariæ eſt, ut primo fiat juſſum, ad reſtituendum & dein ſi non pareatur, condemnatio gravior. Officium Iudicis eſt ut rem ſtatim auferri jubeat, *ſi rem contendat ſe non poſſe reſtituere*, quam tamen habet, & quam poſſe reſtitui, patet ex eo quod ſequitur, ex ablatione per judicem factâ; plane, quemadmodum ſtatim, ſine prævio Arbitrio ad reſtituendum, conſtet, non poſſe reſtitui, in id quod intereſt, fit condemnatio. Geminum huic quæſtioni exemplum in proceſſu poſſeſſorio habemus; qui ordinarius eſt per viam interdicti & judicis dati, ſed aliquando Prætor extra ordinem, decretum reſtituendi poſſeſſionem exequitur, nonnunquam etiam per manum militarem. *l.* 3. *in pr. Ne vis fiat ei qui miſſ. in poſſ.* Eadem duplex procedendi methodus habetur in *l.* 1.

§. 1. *Si*

§. 2. *Si mul. ventr. nom.* Qui dolo poſſidet, is aut per interdictum, ordinaria via, iude amovetur, aut Prætor eum extra ordinem decedere cogit, manu miniſtrorum, quæ aliàs Manus militaris appellatur. Ex quibus locis apparet, ipſo jure veteri non eſſe inſolens, ut officium Iudicis ordinariam actionis viam prævertat, ſine violatione regulę inviolabilis, quę ab executione non eſſe inchoandum docet.

7. Unum male habet in *d. l. 68.* quod extraordinarium illud remedium *Manus*, ubique Prætori adſcribitur, hic verò judici; Quamvis autem Prætor etiam Iudex appelletur in *l. 1. l. 81. d. Judic.* id tamen hoc loco fieri non videtur; quia in actionibus arbitrariis, Juſſus judicis rem jubentis reſtitui, nonniſi ad judicem pedaneum referri poteſt. Neque tamen dici poteſt, hæc verba, *judicis officio*, à Triboniano eſſe infarta; quia Prætoris partes in hoc Arbitrio, ſive juſſu Judicis interlocutorio intervenire non potuerunt. Ergo dicendum ita; Prætoris manum ſemper judici, vel ordinaria via, vel ex officio procedenti, fuiſſe paratam; ſicut executionem ſententiarum à Judicibus pedaneis latarum, à Prætoribus eſſe profectam, ſatis conſtat, & ad *tit. de Offic. Præt. & de Juriſd.* demonſtratum. Officium igitur Iudicis & Manus Prætoris ſunt res conjunctę, ut quod Iudex à Prętore datus ex officio pronuntiat, id per manum miniſtrorum ejus executioni detur.

8. Hac nube difficultatum perrupta, quod ſupereſt facile diſſipabitur, niſi quid incidat novi ſcrupuli. Quid juris ſit, quando reus per contumaciam, Iudicis arbitrio inſultat, neque rem, quam certo poteſt, vult reſtituere, dixit in priore periodo Ulpianus. Quod ſi reſtituere non poſſit, ita diſtinguit; Aut dolo factum eſt, quominus poſſit, aut res ſine dolo non habet facultatem. Priore caſu tenetur in id, quantum adverſarius in litem, ſine ulla taxatione, in infinitum juraverit; Altero, duntaxat in id quod intereſt tenetur. Hanc diſtinctionem Juris rationi ſatis eſſe convenientem nec ipſe Faber negat.

9. Sed de jurejurando in litem agit prolixe. Ad nos vero hoc unum ſpectat, & novum parit *cenſuræ* periculum, quod Ulpianus ſcribit, Petitorem, cui res non reſtituitur, *ſine taxatione* jurare in infinitum, quia judicis officio taxationem jurijurando in litem adjici poſſe, atque ſolere ſcribit idem qui hic eſt, Ulpianus in *l. 4. §. jurare 2. de In lit. jur.* quâ de re perplexè diſputat Faber, ipſumque §. *jurare*, contendit à Triboniano eſſe interpolatum. Gloſſà diſtinguit inter taxationem legis & judicis, priorem in *l. 68.* poſteriorem in *d. l. 4. §. 2.* eſſe intelligendam, quam diſtinctionem refellit Faber, neque de illa quicquam Bachovius. Mihi ut verum fatear, hæc verba, *ſine ulla taxatione damnandum* in *l. 68.* ἐμφατικώτερα videntur, quam ut taxationem à judice faciendam, de qua in *l. 4. §. 2.* admittant. Neque tamen placet, quod Faber vult, in hac *l. 68.* Conſtitutionem Imperatoris eſſe, quę in caſu rei vindicationis, ſi reus dolo poſſidere deſierit, nullam judicis taxationem admittat. Eritne igitur hęc Ulpiani ſententia, Petitorem rei, quę dolo poſſidentis reſtitui non poteſt, ſemper in infinitum, ſine ulla taxatione, in litem jurare poſſe? Non credo, quia tum cauſa nulla eſt, quare taxatio in univerſum à jurejurando in litem removeri non debeat; quia locum id habet unicè, in reſtitutoriis actionibus, & cum dolus non reſtituentis interve-

tervenit. *l.* 4. §. *ult.* 5. *in pr. d. tit. de in lit. jur.* Quid ergo? Accurſius taxationem à lege faciendam in hac *l.* 68. ſed in *l.* 4. §. 2. à judice adhibendam intelligit; idque communiter acceptum eſt; Sed hic locus in *l.* 68. totus ad Judicis officium ſpectat, ut difficile ſit, hoc admittere. Si quis ita putet, hæc verba *ſine ulla taxatione*, fuiſſe in margine, vel inter lineas *d. l.* 68. adjecta, ad explicationem verborum *in infinitum*, ac inde per errorem deſcribentium in textum irrepſiſſe, me non habebit refragantem. Ita ſane *d. l.* 68. cum *d. l.* 4. §. 2. cum & ibi qualitas jurisjurandi in litem *in infinitum*, accipiat temperamentum taxationis, conciliabimus. Si quis aliter hunc ſcrupulum eximere poſſit, ut Criſi abſtinere liceat, huic aliquanto libentius adſtipulabimur. Videbimus iterum ad *tit. de in lit. jur.*

10. Ultimum verſum *d. l.* 68. non diſſimulemus, eſſe nobis ſuſpectum manus emblematicæ, quemadmodum & Faber cum aperte Tribonianum ſapere ſcribit; tam forte verborum quam rerum cauſâ; non adeo tamen effuſe quam Fabro viſum. *Eſt enim falſum*, inquit ille, *in omnibus actionibus arbitrariis, & in Interdictis, manu militari auferendam eſſe poſſeſſionem, quæ ſit penes reum reſtituere nolentem; Falſius vero, jurari in litem in omnibus arbitrariis actionibus; falſiſſimum denique, in interdictis reſtitutoriis, jusjurandum hoc locum habere poſſe.* Si quid addere locis veterum juri recentiori conſentaneum, non ſemper crimen Triboniani ſit, ut in *hujus operis principio* & ſæpe comprobavimus, falſa tamen & juri contraria textibus antiquorum apponere, duplicem meretur Cenſuram, & Erroris in Arte, quam profitetur Tribonianus, & Calumniæ, quod Suos errores in alios transtulerit. Ego duas priores Fabri propoſitiones concedo; ſed adſumptionem illarum nego, in verbis hujus legis ſuprà ſcriptæ ultimis inveniri. Non eſt ſc ipſum ibi, ſemper in actionibus arbitrariis & Interdictis rem manu militari reſtituere nolentibus auferendam; Sed aliquando apertam poſſeſſoris contumaciam, ex officio, citra jus actionis, ita coërceri; quando ſcilicet, contendit, ſe non poſſe reſtituere, quod aliter liquet. Conſequenter non docetur hic in omnibus arbitrariis actionibus ſemper in litem jurari: Sed ubicunque de reſtitutione rei agitur, eaque per dolum poſſidentis non fit, ibi eſſe locum jurijurando in litem, quod puto eſſe verum, ex *l.* 1. 2. 4. 5. & *t. t. ff. de Jurejur. in lit.* Quod autem negat Faber in reſtitutoriis interdictis, huic Jurijurando locum eſſe poſſe, concedimus equidem de viâ Interdictorum ordinariâ, non de extraordinariâ; quando Prætor id agit, ut res ſine morâ & circuitu reſtituatur, idque reus dolo vel contumaciter eludit, ſecundum ea quæ *ſuprà* attulimus. Liceat igitur nobis per Fabri conjecturas, in animum inducere; Tribonianum adeo non fuiſſe & imperitum & impudentem, ut falſas Juris ſententias adſcripſerit Ulpiano.

11. Magis tamen eſt, inquam, ut hanc clauſulam ab Ulpiano non eſſe credam, quia quod in priori parte legis ſcriptum habuimus non eſt ſententia *generalis*, ut ibi ſcriptum eſt; ſed extra ordinem locum habet quando reus manifeſto poſſidet, neque tamen reſtituere vult, verum per contumaciam, Judicis arbitrium eludit. Ultima verba nimis effuſa ſunt, quam ut extraordinario Judicis officio conveniant. Poſtremò nec id reticendum; Actiones in rem hodie non recipere illam varietatem, ut vel reus directe condemnetur ad reſtituendum, & ſi parere

nolit,

nolit, res ipſi auferatur; vel primò juſſum reſtituendi per arbitrium interlocutionis ei injungatur, & dein ſequatur condemnatio gravior. Simplex obtinet proceſſus, ut, ſi poſſeſſor rem reſtituere nolit, & petitor dominium ſuum probaverit, condemnetur ad rem cum fructibus reſtituendam, eaque ſententia executioni mandatur, & ſi per dolum vel contumaciam non reſtituatur, in litem, ubi hoc jusjurandum non eſt omnino exoletum, juratur. Tantum eſt.

Furins Anthianus Lib. 1. ad Edict.

In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere, ſe non poſſidere. Ita, ut ſi poſſit adverſarius convincere, rem ab adverſario poſſideri, transferat ad ſe poſſeſſionem, per judicem, licet ſuam eſſe non adprobaverit. l. 80. d. Rei Vind.

1. Hunc locum cenſura ſua notat Autumnus, pœnam mendacii juſtam adipiſcendæ poſſeſſionis cauſam eſſe negans; Rationem adducit ex *l. 1. §. 2. Uti poſſidetis*, ubi docet Ulpianus, ſi controverſia ſit, uter poſſideat, partes ad Interdictum remitti, quod hujus rei cauſa redditur, ne vis fiat ei, qui poſſidet. Et qui poſſidere deprehenditur, huic Prætor vim fieri vetat. *Ergo, ſi appareat, rem ab adverſario poſſideri, non poteſt transferri poſſeſſio in eum, qui ſuam eſſe non probavit*, inquit Autumnus. Verba perdidero, quibus infirmitatem hujus dialecticæ arguere velim, & demonſtrare, quod in hac *l. ult.* controverſia non ſit, uter poſſideat; cum petitor hic ſe nullo modo poſſidere contendat, neque vim poſſidenti inferat, Sed actionem movet de proprietate rei, quam alius poſſidet, adverſus hunc ut poſſidentem, qui calumnioſe negando ſe poſſidere, judicium eludit atque pervertit. Cujus malitiæ juſtiſſima pœna ſtatuitur, ut poſſeſſio in Actorem transferatur, quo Reus deinde juris ſui probandi & perſequendi, cujus alteri copiam facere noluit, partes ſuſcipiat.

2. Quid eſt autem hoc, quod Furius Anthianus dicit, non compelli nos actionem in rem pati, quia licet alicui dicere, ſe non poſſidere? Quid igitur hoc dicendo peccavit, in tantum, ut præ ſe ferendo quod licet, amittendo poſſeſſionem ſuam male mulctetur? & quomodo licere poteſt dici, quod non minus eſt, quam improbè mentiri? Ad hoc, prius reſpondeamus; Licere non eſt aliud quam facultatem habere faciendi, tametſi ratio non probet; Eſt aliquid quod non oportet, etſi liceat, ait Cicero, *Pro Balbo*, qua de re pluribus actum ad *l. 16. §. 4. d. Minor.* Licet igitur dicere, ſe non poſſidere, ſuo periculo ſcilicet. Ac ita non cogitur aliquis incontinenti actionem in rem ſuſcipere; quia negando ſe poſſidere, tollit agendi facultatem: Ad quam, detecto mendacio, compellitur, poſſeſſione in adverſarium tranſlata; quem proinde, ſi rem perdere nolit, convenire cogitur, juſtiſſima valdeque ad rem appoſita pœna; Quam quod Groenewegius *hic*, in deſuetudinem abiiſſe ſcribit, ego cum Brunnemanno *in Comment.* ad *hanc L.* de Hollandia forte, pauciſquè regionibus aliis, quæ jure ſcripto nonniſi arbitrariè utuntur, eſſe verum, in univerſum nequaquam puto: Uti nec illud, quod in genere ſcribit idem Groenewegius, omnes pœnas, quibus alicui

 jus

jus ſuum, ex merito adimitur, eſſe ſublatas; Cujus rei nulla quidem reddi poſſet ratio, nec auctoritas extat. Multo minus concedendum, quod idem Brunnemannus adverſus D. Cyprianum Regneri in *ſua cenſurâ*, notat, Fiſco addicendam eſſe poſſeſſionem ejus, qui improbe ſe poſſidere mentitus eſt. Nihil æquius, melius, quam quod Jure Civili cautum videmus; adeoque nihil *hac* parte Cenſuræ videtur eſſe iniquius.

Ulpianus Lib. XVI. ad Edict.

Ait Prætor, Si quis id, quod traditur, ex juſtâ causâ, non à domino & nondum uſucaptum petet, judicium dabo l. 1. in pr. d. Publ. act.

Juſtinianus Auguſtus.

Namque ſi cui, ex juſtâ causâ res aliqua tradita fuerit, veluti ex causa emptionis, aut donationis, aut datis aut legatorum, & necdum ejus rei dominus effectus eſt: ſi ejus rei poſſeſſionem caſu amiſerit, nullam habet in rem directam actionem, ad eam perſequendam. Quippe ita prædit.e ſunt Jure Civili actiones, ut quis dominium ſuum vindicet. Sed quia ſanè durum erat, eo caſu deficere actionem, inventa eſt à Prætore actio, in qua dicit is, qui poſſeſſionem amiſit, eam rem ſe uſucepiſſe, quam uſu non cepit, & ita vindicat, ſuam eſſe: quæ actio Publiciana appellatur, quoniam à Publicio Prætore in Edicto propoſita eſt §. 4. Inſt. de Action.

1. Primo quidem adſentior Antonio Fabro, in *Ration. hic*, pro *traditur* in *l.* 1. legendum eſſe *traditum*; vel τὸ *traditur*, quod hic habetur & forte ſufficiat, accipiendum eſſe pro *traditum eſt*, ut monet Accurſius. Sequitur cenſura D. Wiſſembachii ad *h. tit. in pr.* Actione Publicianâ agit, qui rem, quam bonâ fide à non domino, ex cauſa habili nactus erat, amiſit, *inquit*, priuſquam eam uſucepiſſet, hoc colore, fictione, prætextu utens, ut dicat, ſe rem uſucepiſſe, quam tamen non uſucepit. § *ſediſtæ* 3. & §. *namque ſi cui* 4. *Inſt. de Action.* Juvatur igitur actor potius, *ſi mentiatur, quam ſi verum dicat. Quid enim hæc fictio eſt aliud, quam mendacium, ſi non pernitioſum, certe officioſum?* Quicquid autem pugnat cum veritate eſt vitium. Sic vero nobis perſuadet Tribonianus, iſto figmento utendum ratus, cum tamen in hoc noſtro Digeſtorum titulo, ubi ex profeſſo de hac actione agitur, ne minima quidem iſtius fictionis fiat mentio. Alia eſt hujus actionis inſtituendæ cauſa & ratio; Actor nempe, qui rem bona fide, ex juſta dominii acquirendi causa adeptus eſt, rem potius habebit, quam poſſeſſor, qui nihil juris habet in re *l. 13. pr. l. 3. l. ult. D. h. t.* Hactenus Wiſſembachius, ex ſententia & auctoritate præceptoris ſui D. Antonii Matthæi.

2. Cenſura duplex, ut apparet. Una, quod Jus civile ſe præbet auctorem fictionis & mendacii, jubens eum, qui vult uti Publiciana, dicere, ſe uſu cepiſſe, quod revera non uſucepit. Ad quam reſponſio pariter eſt duplex. Una eorum, qui verba Juſtiniani ſic intelligunt; quod Actor dicat, ſe rem, de qua agitur,

agitur, bona fide, v. c. emiſſe à Lucio Titio, & ab eo traditam bona fide accepiſſe, quam petere ſe, ut ſibi reſtuatur, *ac ſi* uſucepiſſet; Non ita, quod actor expreſſe dicat, ſe uſucepiſſe, quod ſit falſum & inſtitutioni hujus actionis contrarium. Ita poſt alios Vinnius ad *d.* §. 4. *Inſt. de Action.* Sed verendum, ne verba *d.* §. 4. & præcedentis id non patiantur. Verba §. 4. ſupra ſcripta ſunt; In §. 3. ſic ait Imperator, *Plerumque ita Prætor permittit in rem agere, ut vel Actor dicat, ſe quaſi uſucepiſſe, quod non uſuceperit, vel ex diverſo poſſeſſor dicat, Adverſarium ſuum non uſucepiſſe, quod uſuceperit.* Magis eſt, ut Juſtinianus ita in animum induxerit: Eum qui à non domino rem nactus amiſit, eamque vult repetere à tertio poſſeſſore, non habere vel actionem in Rem, vel in perſonam. Non in rem, quia non eſt dominus, aut ullum jus habet in Re conſtitutum. Non in perſonam, quia poſſeſſor ei nullo modo eſt obligatus; ut ſic utrinſque actionis termini habiles deficiant: quos ideo Cæſar miniſterio Fictionis ſubminiſtrare voluit, ut Juris rationi dicis gratia ſatisfaceret; Fingi juſſit uſucapionem, ut dominii & conſequenter actionis in rem fundamentum. Cujuſmodi fictiones in formulis actionum publice exſtantes, conſciis adverſariis propoſitas, mendacii probro non magis adificiendas eſſe, quàm caſus, quos omni die fingimus inter Titium & Sempronium, mendacia ſunt, ex vero æſtimanti ſtatuendum videtur; qua de re jam diximus ad *L. 2. d. Inoff. teſtam. ſupra.* Altera Cenſuræ pars eſt, quod hæc fictio non ſit neceſſaria veteribuſque Juriſconſultis ignorata fuerit; ut res & totus hic titulus indicat; ſufficiente ad fundamentum hujus actionis Æquitate, qua potius ille, qui rem antea nactus titulo juſto, eam poſſidere debet, quam novus poſſeſſor, ſine ulla cauſa rei incumbens. Quod ut verum ſit, ita Fictionem Juſtinianæam improbitatis nota abſolvendam, nec nihil ad illuſtrandam hujus actionis inſtitutionem facere, omnino dicendum videtur. Et quid ni Juſtinianus, Νομοθέτης κορυφαῖος Conditor Juris authenticus formulam actionis ſuppeditare poſſit, veteribus quidem ita non uſitatam, ſed ab actionis natura tamen haud alienam, imò illuſtrantem illam & magis in evidenti collocantem?

Pomponius Lib. 3. ad Sabin.

Si ſervus meus cum in fuga ſit, rem à non domino emat, Publiciana mihi competere debet, licet poſſeſſionem rei traditæ per eam nactus non ſim l. 15. d. Public. in rem act.

1. Publiciana datur ei, qui poſſeſſionem rei bona fide juſtoque titulo nactus amiſit, Proinde non datur ex poſſeſſione, ſed tamen non aliter quam prævia poſſeſſione, ſi quis amiſerit poſſeſſionem §. 4. *I. de Action. l. 2. & hoc T. T.* Non cohærent igitur, Publicianam competere de re, quam ſervus fugitivus emit, & rem ab illo non fuiſſe poſſeſſam, ut Pomponius *hic loci* connectit. Rurſus, ſervum, qui in fuga eſt à domino poſſideri, eundemque domino poſſeſſionem acquirere, duntaxat, quamdiu ab alio non poſſidetur, proditum eſt, in *l. 1. §. per ſervum* 14. *l.* 15. *l.* 50. §. 1 *d. Acquir. poſſ. l. 25. in fin. d. lib. cauſ.* Pertinet igitur hic

tex-

Digitized by Google

textus ad locum communem *male cohærentium Juris Capitum*, de quibus aliquoties D. Ant. Matthæum audivimus. Non extricat Accurſius in gloſsâ hunc nodum, eo, quod dicit ſervum, in ſpecie hujus *l.* 15. ab alio fuiſſe poſſeſſum; neque Zaſius, ſervum non habuiſſe animum acquirendi poſſeſſionem domino, & ſi qui alii id agant, ut explicent, quomodo fugitivus hic domino poſſeſſionem non acquiſiverit; qualis & Duarenus ad *d. l.* 1. §. 14 *d. Acquir. poſſ.* qui Servum fugitivum ita demum acquirere poſſeſſionem domino vult, ſi animum revertendi habeat, quem proinde non habuerit in ſpecie hujus *l.* 15. Item alii Accurſio memorati in *d. l.* 15. rem ſervo hic non fuiſſe traditam, quod quidem eſt contra dictum Legis. Nam hæc omnia relinquunt ſcopas diſſolutas, Publicianam dari ſine prævia poſſeſſione; dari, inquam, ei, qui nunquam poſſedit, contra id quod diximus, Juris Principium & contra evidentem rationem, quæ non patitur, ut is, qui nec poſſidit, nec ullum jus in Re vel ad Rem habet, poſſidenti rem præferatur, eamque ab ipſo per hanc actionem auferri. Quare non immeritò Zaſius in *d. l.* 1. §. 14. Sibi non occuriſſe contrarium difficilius fatetur. Jaſon *ibidem*, ſecat nodum gladio; Dicit eſſe exceptionem in hac *l.* 15. Publicianæ, quæ detur ei, qui non habuit poſſeſſionem.

2. Proprius ad juſtam ſolutionem accedit Reſponſio, quam ſuggerit Accurſius, etſi non probat, Acquiri domino civilem poſſeſſionem, non naturalem; quam ut ſuam præfert Bachovius ad *Tr. T. de Acquir. poſſ. th.* 3 *lit. b.* ut Pomponius in *l.* 15. intellexerit corporalem poſſidendi modum, quem certe dominus in re à ſervo fugitivo empta eique tradita non habuit: Adde, nec ullo modo habere potuit, ne quidem per ſervum agentem in provincia, qui cum fugitivo comparatur in *d. l.* 1. §. 14. Nec omnino ejuſmodi naturalis detentio vel poſſidendi modus in quolibet abſente ſervo intelligi poteſt. Unde minus apta videtur hæc diſtinctio ad conciliationem. Quid ergo? Dicamus ita: Rem à ſervo emptam fugitivo, eique traditam revera non poſſideri à Domino, quia nec ipſe fugitivus ab eo poſſidetur, non magis quam res furto ablata domino, amplius ab eodem poſſidetur *l.* 15. *d. tit. d. Acquir. poſſ.* Sed benigne ac utiliter receptum eſt, fugitivi poſſeſſionem retineri *d. l.* 1. §. 14. & res illi traditas, per conſequentiam in *d. l.* 15. *in f.* expoſitam; contra directam juris rationem. Scimus autem, actiones quæ *utiliter* dantur, eaſdem *directè* & ſimpliciter negari. Ita Pomponius, Theſin præcipuam de Publiciana ponit abſolute, eum ad eam ſufficiat, rem utiliter habitam eſſe pro poſſeſſa; Quæ cum non ſit vera poſſeſſio, Subjicit Paradoxum, dari Publicianam, *etſi poſſeſſionem nactus non ſim*, propriè Nec opus ibi fuit, ubi de poſſeſſione acquirenda non eſt locus agendi, explicare totum illud genus impropriæ, utiliter receptæ poſſeſſionis. Vel Tribonianus hanc expoſitionem à Pomponio, ſi forte, adjectam præcidit, ut minus neceſſariam & è loco ſuo petendam.

3. Sed eſt inſtantia in Contrarium; quod poſſeſſio per ſervum nonniſi volentem, domino acquiri poſſit *l.* 1. §. 10. *d. Acquir. poſſ.* Si nolit ſervus, acquiſitio per illum non procedit, deficiente medio inſtrumentali. Nec ideo civilis quidem poſſeſſio, ceſſante animo ſervi, per interpretationem, utilitatis cauſa, conſtitui poteſt; quia non eſt ratio, neque mos JCtorum, contra na-

tra na-

tra naturam cauſæ intendere ſuas interpretationes; non magis, quam ut Prætor aut Pomponius Publicianam dare potuerit ei, qui nunquam adeptus fuit poſſeſſionem, adverſus eum qui jam poſſidet, ut vult dictum hujus *l.* 15. Ut autem ſervus ſugitivus domino ſuo velit acquirere, nemo dicet habere facultatem. Niſi animum revertendi habeat, quod eſt nimis ἀπροσδόκητον, quam ut de fugitivo ſimpliciter ita commemorato ſtatui poſſit. Reſponſio vix eſt ut alia dari queat, quam, Per ſervum acquiri domino, non modo, ſi animum ita ſpecialiter inducat, ut domino velit acquirere; ſed etiam, quoties & quamdiu non id agit, ut alii nominatim acquirat, quod in *d. l.* 1. §. 19. verbis ultimis ſignificari videtur; ut nolit tibi, ſed potius Titio acquirere. Poſtquam igitur placuit ſervum fugitivum adhuc quodammodò poſſideri, facile tranſitus eo factus eſt, ut quod emit, ejus quoque poſſeſſio domino acquiratur; eo quod fugitivus vix aliter, quam cum animo ſibi habendi res acquirere poſſit, non Titio vel Sempronio. Quod autem ſibi emit aut ſtipulatur, ſervus utcunque fugitivus, cum ipſe nullius acquiſitionis ſit capax, ad dominum, licet hujus nomine uſus non ſit, ultrò pertinet §. 1. *Inſt. de Stipulat. ſerv.* Per hæc evitare videmur, ne Pomponius à cæteris Auctoribus hac in parte, quod Anton. Faber ſupponit ad *h. l. in f.* diſcrepaſſe videatur.

S ſ E U N O.

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD LIBRUM VII. *PANDECTARUM*, VINDICIÆ.

Ulpianus Lib. XVII. ad Sabinum.

N*Avis uſufructu legato, navigatum mittendam puto, licet naufragii periculum immineat: Navis etenim ad hoc paratur, ut naviget l.12. §.1. d. Uſufruct.*

1. Hujus legis ut iniquæ ſententiam damnat, & abrogandam cenſet Autumnus; à quo diſſentit, quod raro facit, Groenewegius, *utique in hiſce regionibus, quæ re navali & tranſmarinis commerciis florent*, inquit. Rationes Autumni tamen ſpecioſæ ſunt. I. Juſtinianus hyemales navigationes, ut periculoſas prohibet, ſub pœna 50. argenti librarum, L. ut citat, *Qui ordinariam*; ſed eſt *Lex, Civitas Rhodiorum 6. C. de Off. Rect. Provinc.* II. Uſufructuarius tenetur ad omne id, quod diligens paterfamilias in ſua re facit *l. 65. in pr. h.t.* at vir bonus & prudens paterſamilias pericula vitat. III. Culpæ reus eſt poſſeſſor, qui per inſidioſa loca ſervum miſit, iſque periit, & qui navem à ſe petitam, adverſo tempore, navigatum miſit, ſi naufragio perempta ſit *l. 36. §. 1. d. Rei. Vind.*

2. Ad has rationes una reſponſio eſt, dari gradus periculorum, & gradus variare ſpeciem Juris. Navigationem ſemper eſſe periculoſam, non negabunt ei ſimiles, quem pœnituerat, ſemel navigantem, tribus à morte digitis abſuiſſe. A ventis, à prædonibus ſi quis evitare velit omne periculum, cum ſubductâ nave, domi reſidere oportet: Reipubl. vero intereſt, navigationes ob incerta periculorum non intermitti. Ita res pendet à conſuetudine temporum & regionum. Si quis

Si quis navem emittat, cum publice prohibitum eſt, ut apud veteres hyemali tempore, Januario imprimis

Quo cave te ponto ſtudeas committere menſe,

hunc teneri certum eſt; quod tamen hodie, ne quidem in Oceano ſervari videmus, immenſa rei navalis à vetere diſcrepantiâ. Sane, ſi quis, cum nemo prudentior nauta vel mercator emittit naves, uſufructuariam audacius periclitetur, hunc boni patrisfamilias aut fructuarii officium implere, nemo dixerit: Quemadmodum anxie devitare pericula, quæ plerique non reformidant, ab eodem exigi non poſſe, manifeſtum eſt. Nec aliter Mornacius, Faber aliique Interpretes. Non opus eſt amplius huic cenſuræ immorari.

Ulpianus Lib. XVII. ad Sabin.

Julianus lib. XV. Digeſtorum tractat: Si fur decerpſerit, vel deſecuerit fructus maturos pendentes, cui condictione teneatur, domino fundi, an fructuario? Et putat; quoniam fructus non fiunt fructuarii, niſi ab eo percipiantur, licet ab alio terrâ ſeparentur, magis proprietario condictionem competere; fructuario autem furti actionem, quoniam interfuit ejus, fructus non eſſe ablatos. Marcellus autem movetur eo, quod, ſi poſtea fructus iſtos nactus fuerit fructuarius, fortaſſis fiant ejus. Nam ſi fiunt, quâ ratione hoc evenit, niſi eâ, ut interim fierent proprietarii, Mox apprehenſi fructuarii efficientur. Exemplo rei ſub conditione legatæ, quæ interim heredis eſt. Exiſtente autem conditione, ad Legatarium tranſit: Verum eſt enim, condictionem competere proprietatrio. l. 12. §. 5. d. Uſufr.

1. De caſu, quo fur alieni fructus agri, cujus uſusfructus ad Titium pertinebat, ſecuit, furti condictio urtiva daretur, domino, an fructuario, quæſitum eſt. Julianus ſenſit Domino, Marcellus fructuario, cui Julianus tamen furti actionem dabat; quoniam hæc ei cujus intereſt, Condictio nonniſi domino datur *l. 1. d. Cond. furt.* Fructuarius autem non fuit dominus fructuum à fure deſectorum, quia nonniſi perceptione per ſe vel per alium ſuo nomine factâ fructus acquirit. *§. is vero 36. I. de A. R. D.* eaque Juliani ſententia hic probatur. Sed Autumnus eam improbat, & cum Marcello facit, minus adeo ipſius ratione, ab Ulpiano hic refutatâ, quam novis argumentis, quæ refellere nobis haud erit difficile, credo.

2. Primum eſt, ex *l. Cujuſcunque 60. h. t.* Fructuarius de fundo ſerviente dejectus, de reſtitutione omnium rerum ſimul occupatarum agit: *Ergo proprietarius non habet condictionem, colligit Autumnus.* Sed à diverſis & diſparatis male infertur. Ibi non agitur de condictione, jure dominii adverſus furem, de fructibus deſectis & ablatis, ſed de universâ poſſeſſione uſusfructus per vim erepta, quæ parit actionem ad reſtitutionem omnis damni illati, in univerſum; ut eſt natura actionis in factum, quæ juxta interdictum unde Vi, quod etiam fructuario competit, datur *l. 1. § 40 & l. 3 §. pen. D. Unde Vi.* Alterum argumentum petit Autumnus ex *l. Si abſente 48. §. 1. h. tit.* Silvam cæduam, etiamſi intempeſtive cæſa ſit, in fructu eſſe, conſtat; ſicut olea immaturè lecta, item fœnum immaturè cæſum in fructu eſt, ait Paulus; *Multo magis fructus maturi deſecti in fructu erunt:* ita

concludit Autumnus. Quaſi momentum rei in maturitate vel immaturitate fructuum conſiſteret; quo nihil minus. In hac *l.* 12. §. 5. Fructus *maturi* ponuntur, quia de his aliquanto plus dubii eſſe poterat. Negant autem idcirco Julianus & Ulpianus, Fructuario dari condictionem, quia non factus eſt dominus fructuum, à ſe vel nomine ſuo, quod dicere occupavimus, non perceptorum, quæ ratio vera & ſolida eſt. Plane ſic eſt, ut ardua majoraque viribus audeat ille Autumnus, ſe ferens adverſum veteribus, eorumque facile principibus, Iuliano atque Ulpiano. Moribus equidem hodiernis, Fructuario non negatum iri condictionem, vel actionem in factum, in id quod intereſt putem; vel ideo, quod ad fructuarium de jure pertinent, etſi nondum ſit dominus, ex æquitate, quæ forte Marcellum magis movit ratio, quam ſpes acquirendi dominii, è qua petitam rationem Ulpianus refellit, vel quod actio Furti pœnalis hodie ceſſet; ideoque ſi condictio tum negetur ei cujus intereſt, nullam fructuarius actionem habiturus ſit, quod iniquum foret.

Ulpianus in Lib. XVIII. ad Sabinum.

Et, ſi veſtimentorum Uſusfructus legatus ſit, non ſic, ut quantitatis uſusfructus legetur, dicendum eſt, ita uti eum debere, ne abutatur; nec tamen locaturum, quia Vir bonus ita non uteretur l. 15. §. 4. d. Uſufr.

Juſtinianus Auguſtus.

Conſtituitur autem uſusfructus non tantum in fundo & ædibus, verum etiam in ſervis & jumentis, & cæteris rebus: exceptis iis, quæ ipſo uſu conſumuntur. Nam hæ res neque naturali Jure neque civili recipiunt uſumfructum, quo in numero ſunt vinum, oleum, veſtimenta, quibus proxima eſt pecunia numerata: Namque ipſo uſu, aſſidua permutatione quodammodo extinguitur. §. Conſtituitur 2. I. de Uſufr.

1. Inter verum & quaſi uſumfructum hoc intereſt; Qui habet verum uſumfructum, poteſt finito uſufructu, res, quales ſunt, reddere; cum in altera ſpecie tantundem vel æſtimationem reſtituat. Etiamne in veſtibus & in jumentis? Ita adfirmat Imperator in §. 2. *h.* Atqui nihil uſu & experimento, in quod omnis deſinit Iuris-prudentia, abſurdius. Qui habet uſumfr. pecudum vel ferarum, non poterit rem occidere, mutare, vendere, in eadem ſpecie reddere debebit, equos, boves, vaccas ad extremam retinere ſenectam, ſic eos reddere finito uſufructu, vel de mortuis nihil. Res undique inepta, tam domini, quam fructuarii reſpectu. Nemo dubitat hodie, quin faciendum ſit, quod de feris vivario incluſis ait Tryphoninus, ſufficere, ut idem numerus per ſingula genera, finito uſufructu, domino proprietatis adſignetur, qui fuit cœpti uſusfructus tempore *l.* 62. §. 1. *d. Uſufr.* vel quod hodie fit crebrius, ut pecudes feræque æſtimentur, & æſtimatio, finito uſufructu reddatur. At ſic invito Juſtiniano, pecudum quaſi uſusfructus erit, aut ad inſtar ejus redigetur; Quid verò ſi fructuarius nihil aliud ca-

vere

vere velit, quam ſe quod ſupererit eſſe reſtituturum? Non poteſt cogi ad æſtimationem recipiendam. Et ſic res ad priorem abſurditatem redibit. Sed non eſt dubium, quin ex uſu temporum videamus, communi conſenſu rem ad æſtimationem vel cautionem reſtituendi tantundem redigi. Quâ in re tamen uſufructuarius habet rationem tranſigendi potius cum proprietario, quam juſtam æſtimationem vel æquale tantundem repromittendi, quia ſic conditionem proprietarii multo reddit meliorem, ut in *Prælect. ad Tit. de Uſufr. ear. rer. quæ uſu conſum.* demonſtravimus. Sed an inde non liquet, eſſe vitioſam diſpoſitionem Juris Romani, quæ ſic uſu corrigenda ſit? Magis eſt ut rerum naturæ potius quam Jurisprudentiæ id imputandum ſit. Nec enim poterat, in rebus quæ aſſiduo uſu non conſumuntur aliud quam verum agnoſcere uſumfructum. Nec ulla vis humanæ ſapientiæ præceptis generalibus adſequi poteſt, ut ne multi inſtitutionis univerſæ defectus hominum conſilio & uſu magiſtro in rebus agendis ſuperſint, emendandi. Veſtibus quid fiet? Si verus earum uſufructus eſt, uti illis poteſt ad extremum uſque, tritas laceraſque, ſi finitus ſit uſusfructus, reddere poteſt; ſi durent adhuc, deponat eas Fructuarius, tineis committat, pannos vermibus onuſtos reddat, ſi velit, id de veſtibus laneis, lineis, de omnibus, quæ induendi, amiciendi, præcingendi, injiciendi, inſternendi incubandive cauſa habentur, ſtatui poteſt; tam latè enim patet uſus veſtium *l.* 23. §. 1. *d. Aur. arg. Leg.* Quod ſi veſtium quaſi uſusfructus intelligitur, Uſufructuarius ad æſtimationem reſtituendam tenetur, & emolumentum in uſu gratuito pecuniæ, quâ ſunt æſtimatæ veſtes, conſiſtit §. 2. *I. de Uſufr.* Quod eſſe multo civilius & æquius, ipſa res & uſus hominum docet, nec aliter omni die ſervat diſciplina Fori, optimus æquitatis & utilitatis magiſter. Et tamen hæc creditur eſſe Juris Romani ſententia, verum eſſe veſtimentorum uſumfructum, ex hac *l.* 15. §. 4. *junct. l.* 9. §. 3. *Uſufructuar. quemad. cav.* idque pluribus firmatum eſt à nobis ad *tit. Inſt. de Uſufr. n.* 7. *ſub fin. ad tit. π. de Uſufr. ear. rer.* Proinde, ſic inſtituere poteſt Uſufructuarius, uti veſtibus, tritas detritas reddere, nihil ut ſuperſit utendum proprietario. Quod uſu judicioque hominum Communi, tam abſurdum videtur, quam, ut ne quidem in Friſia, ubi jus civile rigide ſervamus, nec aliud hac parte quicquam habemus ſtatutum, ullus tamen uſufructuarius id unquam ſibi ſumat; imo ſi quis ita juris eſſe prædicet, homines, etiam juriſperiti, ſtultitiam talis jurisprudentiæ inriderent. Sit ita de vaſis & ſupellectilibus in longum durantibus, de veſtimentis ineptiſſimum videtur. Et tamen ita Juris eſſe, non patiuntur, inquam, dubitari textus citati. Niſi forte dicendum ſit, Juſtinianum aliter ſtatuiſſe, quemadmodum certe aliter ſtatuit, in *textu ſupra ſcripto*, veſtimentorum eſſe quaſi uſumfructum, idemque juris eſſe docet in illis, quod eſt in quantitatibus; contra quam Ulpianus auctor eſt in *d. l.* 15. §. 4 Non licet equidem, per Interpretes, adfirmare, Juſtinianum vetuſti juris rationem hac parte mutare voluiſſe. Sed alias quærunt conciliationes. Ego tamen Pragmaticis id facile perſuaſum iri exiſtimo. Nec adeo dubitem, quin ſi Theoria Iuris ſit pro vero uſufructu; vix tamen futurum ſit, ut res uſuſque talem effectum à judicio hominum Communi impetret; Nec admodum de jumentis pecudibuſque diverſa ratio eſſe videtur, ut ex *l.* 62. §. 1. *h. t.* colligi poteſt, ac à nobis latius demonſtratum eſt, in *Prælect.*

ad Tit. x. de Uſufr. earum rer. quæ uſu conſum. Adeo ut à derogatione juris antiqui, quam Juſtinianus fecerit, cur abhorrere oporteat, magnopere non habeam quod proferam.

2. Sed & lectio hujus loci *d. l.* 15. §. 4. ſollicitatur à viris Doctis, momenti emendatione non ponderoſi. Conciſe dixit Ulpianus, *Non ſicut quantitatis uſusfructus legatur*, eo ſenſu, quem expreſſit Haloander in Editione ſua, *non quemadmodum ſi quantitatis uſusfructus legetur.* Conciſum illud genus Ulpiano, Paulo & reliquis noſtris minime eſt inuſitatum, nec putem aliter ab Ulpiano ſcriptum eſſe, quam ſitum eſt Florentiæ. Alius Vir Cl. modeſtiori in textum auſu pro *uſusfructus legetur*, vult legi, *uſufructu legato.* Scripſerat, ait, Ulpianus non ſicut quantitatis *uſ. lg. dicendum.* His literis, pergit Vir Cl. utrumque ſermonem & *uſufructu legato*, & *uſusfructus legatur* indicari, ex Valerio Probo & Magnone conſtat: Nota enim hac UT *uſumfructum*, LG. *legatum* aut *legavit*, denotari ſcribunt. Ita cum ambigua eſſet ſiglorum ratio, quid novi, librarium erraſſe, & alterum pro altero ſubjeciſſe? Hactenus Vir Cl. acute ſine dubio: Bene etiam, ſi liber è quo Florentinum exemplar eſt deſcriptum extaret, ut in eo notas illas conſtaret eſſe adhibitas. Notarii ſane, cum celeriter aliquid exciperent, ejuſmodi notis utebantur. Juſtinianus illas in libris Juris uſurpari diſerte vetuit. Si quando poſteri minus id obſervaverint, non eſt tamen præſumendum, in libro [illegible] ſcripto ac editio, qualis eſt Florentinus, ita fuiſſe deproperatum. Et ſanè, ubi non eſt major neceſſitas, quam in hoc verſiculo apparet; nihil eſt cauſæ cur tam exquiſitis abſtinere conjecturis, ſatius non ſit.

Ulpianus Lib. XVIII. ad Sibinum.

Proprietatis dominus ne quidem conſentiente fructuario, Servitutem imponere poteſt l. 15. in fin. d. Uſufr.

Paulus Lib. 3. ad Sabin.

Niſi, quâ deterior fructuarii conditio non fiat: Veluti, ſi talem ſervitutem vicino conceſſerit, jus ſibi eſſe altius tollere l. 16. eod.

Ulpianus Lib. XVIII. ad Sabinum.

Locum autem religioſum facere poteſt, conſentiente fructuario. l. 17. eod tit.

1. Nihil abſurdius eſſe poteſt argumento hujus legis 15. §. *ult.* ut quidem videtur; nec mirum, quod, ut Mornacius ſcribit, Gloſſa fluctuat huc illuc, nec audet pedem figere. Bartolus omnino prætermiſit. Baldus paucula quædam, ſed Bartoli ſilentium longe melius & tutius eſt, *ait.* Verum pergit ille; Petrus Dalesſæus putavit, adeo abſurdum eſſe, quod in hoc textu legitur, ut diceret ſe repoſuiſſe in

in ſuo volumine, *Siquidem*, pro, *ne quidem.* Hæc Mornacius. Arius Pinellus *part. 2. l. 1. C. de bon. mat. n. 24. Non potui ſemper*, ait, *non mirari deciſionem L. ſed ſi quid 15. §. ult. d. Uſufr. laudoque Curtium juniorem, qui plane id mirabile & difficile putat, nec ſe rationem aſſequi fatetur.* Nemo adhuc cauſam reddere potuit juridicam; Cur, quod proprietarius & fructuarius ſinguli ratione manifeſta, facere non poſſunt, id pariter, cum nihil ad plenam dominii vim illis deficiat; effectum dare nequeant, ut nempe communi conſenſu Servitutem imponant rei, in quam pariter habent jus plenum perfectumque dominii. Quid hic referam conjecturas, & emendationes, de quibus aliquid dixi in *Prælect. ad tit. de Servit. n.* 8. & occurrunt paſſim apud Interpretes? Omnes duræ videntur, nec ad literam deſcendentes, ut Daleſſei *ſi quidem* pro *ne quidem* legentis, & Buſii; *non* interponentis. Sunt qui emendatione deſperata rem explicant, bifariam. Prima ratio hæc eſt; Proprietarium ideo, ne quidem conſentiente fructuario, ſervitutem imponere poſſe; quia Servitus nonniſi ab eo, qui ipſum prædium, id eſt, plenum habet dominium, imponi poſſit *l. 1. §. 1. Comm. Præd.* Necquicquam refert, ait Charondas, *ad d. l. 15. in f.* quod Fructuarius conſentit, quia conſenſus ejus non præſtat plenum dominium; ſed ex ejuſmodi conſtitutione ſolummodo perſonalis actio naſcetur, quæ adverſus tertium non datur. Sed hoc illud ipſum eſt, quod abſurdi arguitur; Cum proprietarius ſit verè dominus, ſalvo uſusfructus jure Fructuario, quid vetat eum exercere jus dominii, ſine uſufuctus præjudicio vel conſenſu fructuarii? Quin hoc eum poſſe, docet exceptio *l.* 16. proprietarium poſſe fundo imponere ſervitutem, modo fructuarii conditio per eam non fiat deterior. An igitur & tum, quando, inquam, fructuarii conditio non fit deterior, ejuſdem conſenſus requiritur? Ita videtur è textu; cujus ita non cohæret ſenſus, etſi Fabro in *Rational. ad h. l.* placet illa expoſitio, & negat, uſufructuarium in ſervitutem cum proprietario conſentire poſſe, niſi uſumfructum amittere velit. Quæ ratio minus rationalis eſt quam ipſa poſitio *hujus loci*, receptæ lectionis. Fructuarium retinere non poſſe, verum amittere uſufructum, ideo, quod una cum proprietario, jus eundi agendi per fundum, vicino conceſſit; Qui non minus uteretur frueretur fundo ſi talis ſervitus pridem fundo impoſita fuiſſet; quid ni jam pergere poſſit, uti frui fundo, cui talis recens impoſita ſervitus à proprietario, cum ipſius conſenſu?

2. Ergo aliter inſtituit Connanus *Lib. 4. Com. C. 3. n.* 13. Sane, *inquit*, nihil dici poteſt, quare de conſenſu proprietarii & fructuarii non imponatur fundo quæcunque ſervitus; ſed duarum vocum ignoratione hactenus hujus reſponſi veritas latuit: quibus notatis, nihil erit clarius, quam proprietarium, etiam invito fructuario, Servitutem poſſe imponere, dum ſit ejuſmodi ſervitus, quæ uſui ejus fructuique non noceat, hoc modo; *Proprietatis dominus, nec quidem conſentiente fructuario*, id eſt, etſi non conſentiat fructuarius, *ſervitutem imponere poteſt; Niſi*, id eſt, duntaxat, *per quam deterior fructuarii conditio non fiat.* Hactenus Connanus. Sed hæc explicatio utcunque à nobis alibi laudata, non paucis urgetur incommodis. Primo, non omnino illibatam relinquit lectionem, dum pro *ne quidem*, ut eſt Florentiæ, legit, *nec quidem.* Vocula *ne quidem* aliquanto fortius ampliare videtur negativam ejuſdem coli, quam τὸ *nec quidem.* Etſi τὸ *nec*

utique

utique etiam facit conjunctionem, non quidem ſemper, ubi ſolum eſt, ut probat Connanus ex L. XII. tabularum; *Senatori qui nec aderit, aut cauſa, aut culpa eſto*, id eſt, qui *non aderit*; hoc enim & alias obvium eſt: Sed quid hoc ei prodeſt, ſi legat vel exaudiat ita; *Proprietatis dominus non quidem conſentiente fructuario, ſervitutem imponere poteſt; Niſi &c?* Idem ſenſus inde reſultat. Vis reſponſi ipſius conſiſtere debet in ſeparatione propoſitionis conjunctæ, in duas ſeorſum; hoc modo; *Proprietatis dominus ſervitutem imponere poteſt*, perge; *ne quidem conſentiente fructuario*. Hæc ſeparatio non poteſt obtineri per *non*. Si verba *nec quidem*, quæ referre ſe poſſunt ad τὸ *non* antecedens, accipias ita; *non quidem conſentiente fructuario*, novus inciperet ſenſus, qui non haberet ſenſum. Mallem igitur adſtruere ſeparationem poſitionum, per id quod legitur; *ne quidem*; Proprietatis dominus ſervitutem imponere poteſt, fructuario innoxiam; *Ne quidem*, eo conſentiente, quæ noſtra fuit ratio in *Prælect. ad d. tit. 8. d. Servitut. n. 8.*

3. Nec tamen negari poteſt, hanc quoque rationem ſuis arctari incommodis. Primo enim, exemplo deficior adhuc, quo probem voculas, *ne quidem*, junctas verbo, non imprimere negationem adverbialem, ſive ampliationem negativam illi propoſitioni. Dominus ne quidem conſentiente fructuario ſervitutem imponere poteſt. Naturalis interpretatio ſponte patens, eſt hæc; Dominus, etſi conſentiat fructuarius, ſervitutem imponere non poteſt, ut enuntiatio negativa ſit; Cum prior explicatio, poſitionem inferat adfirmantem. Talem verò non patitur, lex ſequens; *niſi quâ deterior fructuarii conditio non fiat:* Eſt exceptio à regula priori negante; ab adfirmante exceptio eſſe non poteſt. Quid enim (pone ſic;) Proprietarius ſervitutem imponere poteſt: An excipies, *niſi quâ deterior fructuarii conditio non fiat?* Talem maxime deberet imponere poſſe. Sed regulam ſume negantem; *Dominus ſervitutem imponere non poteſt.* Jam Excipe; Niſi quâ deterior fructuarii conditio non fiat: rectè, nihil obſtat: Niſi quod adjicitur; *Ne quidem conſentiente fructuario*, ſervitutem fructuario gravem à Domino proprietatis imponi poſſe; quod non habet rationem. Denique, negantem eſſe poſitionem in *fin. l. 15.* arguit etiam *lex XVII. in pr.* ubi, *Locum autem religioſum facere poteſt*; quæ uno contextu cum prioribus jungitur. Exhibebimus junctam; *Proprietatis dominus, ne quidem conſentiente fructuario, ſervitutem imponere poteſt; niſi qua deterior fructuarii conditio non fiat: Locum autem religioſum facere poteſt.* Vox *autem*, eſt *adverſativa*, poſitionem arguens oppoſitam priori; Cum igitur hæc poſterior ſit adfirmans, priorem oportet eſſe negativam, quo parum abeſt, quin Connani interpretatio, à quâ non multum abludebat olim noſtra, ſubvertatur. Niſi Connanus probare poſſit, τὸ *niſi* habere ſignificationem τοῦ *duntaxat*, quod ait ex Cicerone bene diſci poſſe: Sed exemplum vellem huic ſimile poſuiſſet; nam ut hoc loco, *niſi* per *duntaxat*, explicetur, quis vim fieri non videt orationi?

4. Quid ergo tandem? Non licet nobis, quod eligit Mornacius; Prætermiſerim, *inquit*, hujus L. ſententiam, ut alienum quid ab æquitate judicantium, neminemque obſervavi inter peritiſſimos Fori Proceres, cui tanta ſubtilitas non à tribunalibus aliena videretur: Ea nempe, quâ Charondas & Ruſſardus aliique,

ſecum;

ſecundum verba legis, volunt, Dominum proprietatis, nequidem conſentiente fructuario, ſervitutem imponere poſſe. *Aliter enim judicandum foret*, inquit, *ſi nunquam eâ de re acciperetur judicium*. Ita verò non conſulimus Eunomiæ. Quid igitur? Emendationis anchoram mihi vix integrum eſt ejicere, abſque præfatione: Poſtquam ita de me quidam opinari cœperunt; Eſſe me criſeos inimicum juridicæ; in quo mihi faciunt injuriam. Nunquum enim à deſperatis abſtinendam eſſe medicinam rationalem, ſed chirurgicam & manualetu adhibendam, ubi nulla ſpes alia ſanationis eſſet, negavi. Ita ſe rem hic habere perſuaſum habeo: Proinde Legam ita, cum pace lectoris, quemadmodum ſanus Eunomiæ ſenſus neceſſario flagitat: In *l.* 15. *in fin. Proprietatis dominus*, *NONNISI conſentiente fructuario, ſervitutem imponere poteſt. Niſi quâ deterior fructuarii conditio non fiat, Veluti &c. Locum autem religioſum facere poteſt, conſentiente fructuario.* Pro *ne quidem* illo importuno, ſi admittas, *nonniſi in l.* 15. omnia plana ſunt. Veriſimile eſt, illes voculas *notis* ſive literis initialibus, unde facilis error, fuiſſe deſignatas. Quod alii toties abſque neceſſitate ſupponunt, ſi nobis id non licet, Eunomiæ causâ, detur aut emendatio melior, aut explicatio commodior, & repudium huic Criſi mittemus, æquo, etiam magis gratanti animo. Alioquin ἀντέλτικα.

Pomponius Lib. v. ad Sabinum.

Proculus putat, inſulam poſſe ita legari, ut ei ſervitus imponatur, quæ alteri inſulæ hereditariæ debeatur, hoc modo: Si heredi meo promiſerit, per ſe non fore, quo altius ædificia tollantur, tum ei eorum ædificiorum uſumfructum do lego. Ædium illarum, quoad altius, quam uti nunc ſunt, ædificatæ non erunt, illi uſumfructum do lego, l. 19. *in pr. d. Uſufruct.*

1. Ex hac lege communiter ita colligunt Interpretes, ſequuti Accurſium & Doctores; Si teſtator uſumfructum domus leget, cum onere ſervitutis, ne uſufructuarius eam altius tollat, hac adjectione fieri, ut uſufructuarius habeat ipſam proprietatem. Quod ſi Pomponius & Proculus auctores ſunt, alii merito, ut Eunomiæ adverſum ac inimicum inſectantur. Cum enim uſusfructus & proprietas toto genere diſtent, illa metamorphoſis inopina ac enormis & inimica rationi videtur. Fit equidem aliquando, ut ſub uſusfructus nomine lateat proprietas; veluti, cum uſufructuario poteſtas alienandi & diminuendi ſubſtantiam rerum conceditur: Quia tunc ipſa Uſufructus definitio tollitur, quæ nonniſi ſalvâ rerum ſubſtantiâ intelligi poteſt *pr. I. de Uſufr.* At nihil ejusmodi fit, eo, quod ſervitus domui fructuariæ imponitur. Nec eâ re definitio uſusfructus evertitur, aut ſalva deſinit eſſe fundi ſubſtantia. Volunt tamen, id ab auctoribus hujusce legis adſtrui, & hanc eſſe Juris ſententiam. Quod ſi ita eſt, difficulter eam rectæ rationi vindicabimus, ut recte probat Arius Pinelles *Part.* 3. *l.* 1. *de bon. mat. n.* 41. & 42. Mantic. 9. *Conject. ult. vol. tit.* 5. *n.* 9. & *ſeqq.* & *Fachin.* 5. *Controv. c.* 43. Contra DD communiter, quos recenſet & ſequitur Joh. del Caſtill. *tr. de Uſufr. cap.* 30. *n.* 25. & *ſeqq.* Bacchov. *vol.* 1. *ad Tr. th.* 16. *diſp.* 16. *lit. E.* Nos ita conſtituimus in *Prælect. ad h. tit. n.* 8. Non eſſe conceden-

dendam hanc theſin; Quoties uſusfructus ædium relinquitur, hac lege, ne altius ædes tollantur, proprietatem eſſe legatam: Nam verba diſpoſitiva *uſumfructum do lego*, non inferunt jus proprietatis, niſi verba Teſtatoris naturam uſufructus peremptorie tollant, aut dominium inferant, quod non fit his verbis; *Uſumfructum domus relinquo, ea lege, ne altius tollat*; Etſi enim verum ſit, uſufructuarium non poſſe altius tollere, teſtatores tamen ſæpe cautiones addere ſupervacuas notiſſimum eſt; non mutat ſubſtantiam rerum non neceſſaria verborum multiplicatio, monet Paulus in *l.* 32. §. 6. *d. Aur.* & *arg. leg. junct. l.* 47. *d. C.* & *D. l.* 3. *d. legat.* 1. & paſſim. Permiſſionem alienandi factam uſufructuario tollere uſumfructum diximus. Idem non fit, prohibitione alienandi, quod nonnullis viſum, præter rationem & uſum, ut probavimus in *Prælect. ad h. t. n.* 8. *in pr.* Eſt commonefactio Teſtatoris ad uſufructuarium, ne modum juris ſui excedat, non ut uſumfructum evertat & dominium concedat, dum verbo utitur contrarii ſenſus; quod merito à viâ diſciplinæ, quæ ſenſum communem ſequitur, abhorreat.

2. Veruntamen Proculus & Pomponius Inſulam, id eſt, domum, quæ vox ipſam rei ſubſtantiam & dominium notat, eo modo legatam videri adfirmat. Antonius Faber, *Inſulæ* putat legendum, pro *Inſulam*; ſubintellecto, *uſumfructum*. Niſi hoc reſponderi poſſit: In hac lege, non legari uſumfructum ædium, ſub lege ſimplici, vel prohibitione, ne altius tollantur; ſed *donec altius non tollantur*; quod minime eſt unum idemque. Simile eſt, in uſufructu relicto, ſub lege, *ne res alienetur*; Inde non ſequitur, proprietatem eſſe relictam, ſed naturam uſusfructus deſignaſſe videtur, exemplo quidem ſupervacuo Teſtator, at enixam ejus ſignificante voluntatem, ſe nolle plus quam utendi fruendi facultatem, nullumque dominii effectum ad legatarium pertinere. Quod ſi Teſtator uſumfructum fundi leget, *uſquedum* extra familiam *non alienabitur*, jus perpetuum fundaſſe videtur, ſub conditione reſolutiva, ſi alienatus fuerit, duraturum, quamdiu non alienabitur. Hoc apertè præ ſe fert, è Proculi formulis altera, quæ ſic habet; *Ædium illarum, quoad altius, quam uti nunc ſunt, ædificatæ non erunt, illi uſumfructum do lego.* Eſt jus durabile, quamdiu ædes non erunt altius ædificatæ. Nec aliud altera, quæ priore loco ſita eſt in *l.* 19. formula continet, ut jam in *Prælect. h. t. n.* 8. demonſtravimus; Convenienter ei fere, quod in Connano deinceps invenimus, in *l.* 4. *Comment. c.* 3. *ſub. fin.* Et hanc quidem interpretationem prætulerimus ei, quam dant Pinellus, Fachinæus, Wiſſembachius *ad h. t. n.* 3. qui legatum inſulæ ſive domus non aliter accipiunt, quam uſufructu tenus, etiam in effectu; & impoſitionem ſervitutis, facti magis quam juris eſſe volunt; ut fructuario prohibitum intelligatur, ne quid novi in ædibus, altius tollendo inſtituat; à quo non procul abit Struvius ad *h. t. n.* 11. eodemque pertinet emendatio Fabri modo commemorata. Quam, ſi noſtra conſiſtere nequeant, ſecus ac perſuaſi ſumus, præferre tamen non dubitemus huic Theſi, quam Eunomiæ ratio non fert, ut *Prohibitio altius tollendi, ſemper* ex uſu fructu faciat *Proprietatem.* Neque tamen idcirco lectionem mutabimus; quæ non deſcendit ad literam; Eſt enim durior ellipſis illa. Sed *inſulam* pro ſubjectæ ratione materiæ, quæ eſt Uſufructu tenus, intelligemus.

Paulus

Paulus Lib. III. ad Sabin.

Si is, qui binas ædes habebat, aliarum uſumfructum legaverit, poſſe heredem Marcellus ſcribit, alteras altius tollendo, obſcurare luminibus: quoniam habitari poteſt etiam obſcuratis ædibus. Quod uſque adeo temperandum eſt, ut non in totum ædes obſcurentur, ſed modicum lumen, quod habitantibus ſufficit, habeant l. 30. Uſufr.

1. Hunc locum vocat ad Cenſuram Autumnus eamque laudat Groenewegius, *ad h. l.* ſe referens ad illius rationes, parum, ſi quid ego video, ad cenſuræ meritum accommodatas. Enimverò an vicinus ædificando, vicini luminibus officere poſſit, hujus quidem argumenti quæſtio eſt, ſed de qua commodius ad *L. Gaiuns* 10. *d. Serv. urb.* agetur. Adverſus hunc locum Cenſores nihil adferunt, quam quod proprietatis dominus fructuarium impedire non debeat, utentem ita, ut deteriorem illius condititionem non faciat *l. 15. §. 6. h. t.* Sive hoc ita accipias, ne fructuarius conditionem proprietatis faciat deteriorem, five, ne hic conditionem fructuarii arctiorem reddat. Item quod in *l. 7. §. 1. h. t.* ſcribit Ulpianus, non licere domino ædificium, invito fructuario, altius tollere. Nihil verius, quam à ſeparatis malè inferri: In illorum textuum poſteriore nihil habetur, quam proprietarium altius ædificare non poſſe domum uſufructuariam, invito fructuario, quæ nihil ad hunc caſum *l. 30.* quo Proprietarius ædes à ſe ipſo habitatas altius tollit. Prior textus habet plus argumenti, quod & inſtantiæ loco in poſteriori ſervire poteſt: Obſcurando enim luminibus uſufructuariæ domus, uſum ejus deteriorem facit proprietarius, quod ei non licere, natura negotii & textus in *d. l. 15. §. 6.* indicat. Sed quod proprietario licet adverſus domum vicinam prorſus alienam, id quominus ei contra domum ſuam, cujus uſumfructus alius habet, licere debeat, nihil profertur: multo enim magis prohibetur alienæ domus uſum facere deteriorem, quam id in ſuâ domo alii ſervjente vetitum eſſe queat. Cui ſatis præſtat, ſi ipſam domum uſufructuarius, ut ſane poteſt, etſi luminibus obſcuratis, non tamen omnino σκοτοχυμένοις; tenebroſis, ſed ut aliquid luminis ſuperſit. Atqui poſſe quem vicinæ domus, ſi ipſam non attingat, etſi planè alienæ, luminibus officere, videbimus ad *l. 9. & 10. infrà d. Servitut.* Quod ſi defendi poteſt, nihil difficultatis in cenſura hujus loci amoliendâ ſupereſſe videtur.

Papinian. Lib. XVII. Quæſtion.

Uſumfructum in quibuſdam caſibus non partis effectum obtinere convenit. Unde, ſi fructus vel fundi portio petatur, & abſolutione ſecutâ, poſtea pars altera, quæ adcrevit, vindicetur; in lite quidem proprietatis, rei judicatæ exceptionem obſtare, Fructus verò non obſtare, ſcribit Julianus: Quoniam portio velut alluvio portioni, perſonæ Uſusfructus accreſceret. l. 33 §. 1. d. Uſufr.

1. Hic textus à Cenſoribus noſtris Gallo & Belgâ notatus, quia & aliàs meretur attentionem, viſus eſt non prætermittendus. Uſusfructus in multis caſibus

pars dominii eſt, habetur in *l.4.b.t.* hoc eſt, Uſusfructus ſæpe non pro jure fruendi rebus alienis, quod formaliter ſignificat; ſed pro parte dominii, quod in proprietatem & uſumfructum diſtribuitur, accipi ſolet, ut hunc ſenſum *l.* 4. adſeruimus in *Prælect. ad b.t.n.* 2. Inſtat Accurſius, & ex eo Wiſſembachius, Eundem non ſæpe, non multis caſibus, verum ſemper uſusfructus pars dominii eſt. Imo non ſemper, ut arguit hæc Papiniani poſitio; *Uſumfructum in quibuſdam caſibus non partis effectum obtinere convenit.* Explicat hoc exemplo differentiæ, quæ eſt inter jus accreſcendi, in dominio & in uſufructu: Cujus obſervatio ad ſequentem Rubricam pertinet. Titius partem fundi, ut ſibi legatam petit; repulſus eſt. Deficiente dein Collegatario, alteram fundi partem jure Accreſcendi petit. Poſſeſſor opponit exceptionem rei judicatæ, quaſi petat eandem rem. Titius replicat; hæc pars eſt nova, quam prius non petii. Poſſeſſor; Tu jus accreſcendi perſequeris, quaſi fundus pro parte tuus ſit, cui pars deficiens, alluvionis inſtar accreſcat. Atqui partem fundi non eſſe tuam, ante judicatum eſt, nec habes partem: Ergo nec hanc partem illi connexam, & à priore pendentem petere potes; Sed hæc manet penes eum, qui verè partem habet, ex natura juris accreſcendi quo is qui non habet partem, non habet jus accreſcendi, ſed hæc parti adjicitur, ut alluvio §. 8. *l. d. Legat.* Et hoc ita in proprietate juris eſſe, tradit Papinianus in *b. l.* 33. §. 1.

2. Rurſus; partem Uſusfructus fundi ut legatam ſibi Titius petit. Repellitur; deficiente dein collegatario, partem alteram uſusfructus, jure Accreſcendi, petis. Alter ait, Oppono exceptionem rei judicatæ, per quam repulſus es à parte quam proinde non habens, Accreſcendi jus habere non potes. Imo poſſum, *replicat* Titius, quia uſusfructus accreſcit mihi ut perſonæ, non parti vel ut partem habenti. In quo ſubſiſtit Papinianus: idem vero adfirmat Paulus in *l.* 14. §. 1. *d. Except. rei jud.* Pendet, ait Titius, hoc jus accreſcendi à jure meo perſonali, ad partem uſusfructus; non pendet ab ipſa parte, quam non habere me fateor, à judice repulſus. Imo non habes ullum jus ad partem, *ait dominus*, ut judicatum eſt, & res judicata pro veritate habetur. Ergo ubi nec pars, neque jus ad partem eſt, ibi jus Accreſcendi eſſe non poteſt. Titius; Judicatum quidem eſt, me non habere jus ad partem, ſed male, & ſuper alia re, quàm quæ nunc vertitur. Ideo non obſtat mihi exceptio rei judicatæ, ſed audiendus ſum denuo, quoniam alia res eſt, nec ego reſpectu rei nunc ago: quo caſu non dari exceptionem rei judicatæ conſtat. Vel potius ita dicet: In petitione Partis prima, forſitan obſtitiſſe ſibi, quod in hac parte non obſtat, v. gr. capitis diminutionem, vel præſcriptionem; cum verè legatarius eſſet ex parte: Quod jus cum ex tacita defuncti voluntate ſit affectum in perſonam fructuarii, ſequitur Accretionem perſonalem, qualis eſt in uſufructu, adhuc habere locum. Rectè autem addit Accurſius, ſi judicatum ſit, ne quidem fuiſſe legatarium ex parte uſusfructus Titium, eſſe locum exceptioni rei judicatæ, ſicut in proprietate, quod putem convenire ſententiæ Papiniani, licet hæc verbis infinita ſit, nec aliter accipienda quæ à nobis demonſtrata ſunt, quia tum ne quidem perſonale jus in uſufructu haberet vel habuiſſet Actor.

3. Quid vero Autumnus; Negat æquum eſſe, ut uſusfructus in illo caſu, perſonæ

ſonæ Fructuarii accreſcat. Vult eam accedere proprietati, quæ alioquin hoc commento Juris fiat inutilis: præſertim, quod is, qui partem uſusfructus amiſit per ſententiam, fingatur illam adhuc habere, contra veritatem rei judicatæ; Ideoque moribus id non ſervari hodiernis autumat. Sed cum hæc cenſura ad ipſum jus Accreſcendi, quod multi ex hodiernis Pragmaticis abolitum vellent, ac inprimis ad diſcrimen, quod eſt inter uſumfructum & proprietatem, de quibus ad *alios textus* agendum erit, pertineat, hic nobis ſufficit, demonſtraſſe, in hoc textu nullum eſſe proprium cenſuræ figendæ argumentum.

Africanus Lib. v. Quæſtion.

Stipulatus ſum de Titio fundum Cornelianum, detracto uſufructu: Titius deceſſit. Quæſitum eſt, quid mihi heredem ejus præſtare oportet: Reſpondit, referre, quâ mente uſusfructus exceptus ſit. Nam ſiquidem hoc actum eſt, ut in cujuſlibet perſonâ uſusfructus conſtitueretur, ſolam proprietatem heredem debiturum. Sin autem id actum ſit, ut promiſſori duntaxat uſusfructus reciperetur, plenam proprietatem heredem ejus debiturum l. 36. §. 1. *d. Uſufr.*

1. Reprehendit Africanum Autumnus, quod ſecundum ea quæ proponerentur, non reſpondit, quia *ſi non conſtat, quâ mente exceptus ſit Uſusfructus, non definiat; quid heredem præſtare oporteat*, ac ita incertum relinquat Lectorem. Cenſura non juſta eſt, nec verum, quod Africanus non reſponderit, ſecundum ea quæ proponerentur. Non definivit omnino quæſtionem, hoc verum eſt; quia non fuit ita propoſita, ut abſolute definiri poſſet. Etenim verba; *promitto tibi fundum, detracto uſufructu*, nihil quam nudam proprietatem ſtipulatori adducunt; Quid de uſufructu fieret, à partibus expreſſum non eſt. Hoc igitur cum facti ſit, probationi delegatur ab Africano, ne quid temere præjudicet. Si de facto liqueat, promiſſorem ſibi tantum reſervaſſe uſumfructum, jure ipſius morte finito, non eſt dubium, quin ad eum qui habet proprietatem, quæ eſt apud ſtipulatorem, ſpectet uſusfructus, §. *ult. I. de Uſufr.* Sed fieri poteſt, ut mens promiſſoris fuerit, quo uſusfructus non ſibi ſed alii conſtitueretur; Tunc ipſius morte non finiretur. Et hæc res in actu quidem inter vivos magis eſt dubia, quam in teſtamento, ubi teſtator, jubens heredem ſuum præſtare Titio fundum, deducto uſufructu; hunc apud heredem ſine dubio manere voluit; Ideoque nihil hærendum eſt, quin herede mortuo, Dominium plenum ad Titium pertineat. Autumnus eſt audacior Africano; Statuit, idem in dubio, de Actu inter vivos eſſe præſumendum: A quo Africanus ipſe forſitan, ſi de mente contrahentium nihil ſpeciale conſtare poſſit, non fuerit alienus. Sed primo tutiorem viam conſulentibus monſtravit, quod non eſt reprehendendum. Si quid actum eſt, conſtiterit, ex facto judicandum: Si nihil quam verba ferant, actum eſſe appareat, ita præſumendum videtur; Reſervationem uſusfructus habuiſſe reſpectum ad perſonam promiſſoris, & ſic eo mortuo, ſtipulatori plenam proprietatem deberi; haud procul à mente Autumni.

Paulus Lib. ix. ad Plaut.

Si extraneo ſcripto & emancipato præterito, matri defuncti, deducto uſufructu, proprietas legata ſit, petitâ contra tabulas bonorum poſſeſſione, plena proprietas, pietatis reſpectu, matri præſtanda eſt l. 46. d. Uſufr.

1. Si gratiam huic ſcriptionis generi, per auctoritatem & laudem eorum, qui Cenſuram Artis exercentes materiam contra ſcribendi nobis præbent (quod inſtitutum forte non eſt ex iis quæ huic ſeculo maxime diſpliceant) forſitan rectè conſulerem, ſi hunc locum ſilentio tranſmitterem: ſicut tranſmiſi cenſuram ad *l. 42. §. 1. h. t.* male, nec appoſite collocatam; qua proinde piguit, morari Lectorem. Sane & in hoc Textu reprehendendo, Cenſores noſtri tam exiguo utuntur judicio, niſi meum adhuc multo minus eſt, ut mirer, homines cordatos, non eſſe veritos illud dictum quibuſdam male applicitum, in ſe verſum iri; *Ad Criſin Artis Juridicæ neminem accedere, niſi qui Criſin, hoc eſt, Judicium ipſe non habet.* Autumnus primo agmen textuum, quos cum his Pauli dictis committit, enumerat, quorum argumenta quomodo huic loco opponantur, cum ego non animadvertam, iis educendis & refellendis ſuperſedebo. In univerſum, hoc quidem, etſi plura miſcet, velle videtur; Jure veteri, Filius emancipatus præteritus, per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, reſcindens teſtamentum, legata nihilominus in eo teſtamento relicta perſonis exceptis, ut ſunt liberi, parentes, uxor & nurus dotis nomine, præſtare debet *l. 1. d. Bon. poſſ. c. tab.* Unde filius emancipatus præteritus in *h. l.* debet etiam præſtare legatum matri relictum. Hoc jure *Novell.* abrogatum eſſe vult Autumnus; quod ſi verum ſit, nihil tamen ad Pauli cenſuram faciat, qui nonniſi de ſui temporis jure commentari potuit. Sed verius eſt, liberos emancipatos præteritos in Jure Juſtinianæo nullum aliud habere remedium, quam bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Quod ſi maximè verum ſit, ut Autumnus objecit, nullam jure novo eſſe differentiam inter bonorum poſſeſſionem contra tabulas & querelam inofficioſi teſtamenti, nihil adhuc in præjudicium hujus loci, ne quidem Juris novi ratione, colligi poteſt; Nam reſciſſo per Querelam inofficioſi Teſtamento, non tantum legata perſonis exceptis debentur, ſed omnibus: Ita enim jure novo cautum eſt, per Querelam inofficioſi ſolam heredis inſtitutionem everti; reliqua taſtamenti capita ſalva manere placuit, *Auth. Ex cauſa C. de lib præter.* Ergo etiam matri in hujus legis ſpecie ſuum legatum manebit.

2. Sed hæc res aliquanto juſtiore cauſâ moveat Cenſorem, quod Paulus non ſimpliciter matri ſuum legatum vindicat, ſed hoc etiam auget, loco proprietatis nudæ, vult ei quoque prſtari uſumfructum. Unde hòc? *Pietatis reſpectu*, ait. Sed hæc quidem eſt ratio probabilis exercendæ liberalitatis & juſtitiæ attributricis; non eſt æque Expletricis & cauſa juris perfecti, quod alium alii concedere oporteat; quo, inquam, filius reſciſſo teſtamento, plus Matri quam lex jubet, concedere debeat. Sed hac de re paulo inferius videbimus, ubi primo aliam Cenſoris objectionem removerimus.

3. Etenim

Digitized by Google

3. Etenim Autumnus aliam movet difficultatem, valde prægnantem verbis, re, niſi fallor, evanidam. *Si mater*, inquit, *legatum proprietatem retineret & uſumfructum, propter conſolidationem, filius nihil conſequeretur, & ita careret bonis paternis, quod impium eſſet. Ideo ſemiſſem bonorum matri præſtandum eſſe puto.* Quid hoc eſt portenti? Non videtur mihi ad *hanc l. 46.* vel ad ejus ſpeciem, ſed ad quidvis aliud advertiſſe memoriam. An ſi mater legatum ſolidum retineat, ideo filius nihil de bonis conſequetur: Adeone legatum illud omnia bona exhaurit? Vel oblitus eſt Cenſor, legatum nihil eſſe quam delibationem hereditatis & rem particularem *l. 116. in pr. d. leg. 1*? Unde vero illud abſurdum, in quo definit; *ſemiſſem bonorum, matri eſſe præſtandum.* Ut filius præteritus, teſtamento reſciſſo, hereditatem cum matre defuncti dividat? Abſit, ut credamus, Senatui Tholoſano unquam ejuſmodi ſententiam, quam citat ex Meinardo *lib. 6. c. 12.* veniſſe in mentem: caſum non minus huic diſſimilem, quam rationes Autumni à Paulo abhorrent, ſi quis inquirat, ſine dubio deprehendet.

4. Quid tamen hoc eſt, adeone me omnia fallunt, ut hic Autumnum in Cenſurâ Pauli, mirè vel miſere falſum eſſe, male adfirmaverim; ne alterum Cenſorem Belgam in eodem luto hærere dicendum ſit? Verba Groenewegii *ad hanc L.* Jure noviſſimo, inquit, Legitima nullum gravamen admittit. *dix. in §. ult. Inſt. de Inoff. teſtam.* ideoque Teſtamento irrito ex cauſa exheredationis vel præteritionis, quamvis legata nihilominus firma ſint. *Auth. Ex causâ C. d. Liber præter.* Matri tamen, cui nuda proprietas legata erat, uſuſfructus non accreſcit, ſed filiis debetur Legitima, cujus nec uſufructu ullo modo deſtaudari poſſunt *Auth. noviſſ. C. de Inoff. teſtam.* Hactenus Groenewegius. Imaginatus æque eſt ac Autumnus, matrem hic conſequendo proprietatem legati, cum uſufructu, totam hereditatem ablaturam, & ſic etiam Filii Legitimam; quæ nullo modo ei per leges adimi poſſit. Si credere non licet, eos magiſtros Cenſores in argumentis cenſuræ ſuæ collocandis, ad verba mentemque legum, nonniſi obiter & fortuito reſpicere, ſcire velim, qui fieri poſſit, ut duo clari nominis Auctores tam enormiter heic, habentes ob oculus textum, impingere potuerint. Quis enim non videt, de Legitima nullum hic eſſe periculum, Matrem nihil quam legatum: quod quidem non exprimitur, quale quantumque fuerit, ſed rem ſingularem eſſe definitio legati & totum jus clamat, accipere ſolidum, etſi in Teſtamento nonniſi *deducto uſufructu* relictum eſſet?

5. Hoc jam unum supereſt, Quæ ſit illa vis pietatis, qua Paulus matri plus quam relictum eſt; poſt reſciſſionem Teſtamenti, putat eſſe præſtandum, cum lex aut Edictum Prætoris, parentibus eodem pietatis reſpectu, nonniſi quod relictum fuerat, præſtari jubeat. Videtur hæc eſſe ratio: Extraneo herede inſtituto, mater accepit legatum, deducto uſufructu; qui proinde penes heredem extraneum manere debuit, ex voluntate Teſtatoris. Filius emancipatus Teſtatoris præteritus, reſcindit Teſtamentum & removet illum heredem extraneum, qui habuerat uſumfructum è Teſtamento. Probabile eſt ut uſusfructus ille deſtitutus, cum proprietae conſolidetur; quod tamen etſi ex ratione juris adfirmari non poſſit, cum filius reſciſſo teſtamento, jus heredis ſcripti habeat, quod deeſt ſubtilitati, id æquitate & pietate tam teſtatoris erga matrem, quam filii adverſus aviam, ſupplendum

dum judicat Paulus, ſatis equidem prudenter & pie, ſed aliquanto audacius quam à Juris conſulto expectetur, producta ratione probabili ad perfectam, & argumento juſtitiæ Attributricis ad Expletricem; quod magis eſt legiſlatoris, quam Juris periti. Proinde ſit hic locus, ut eſt, auctoritatis Nomotheticæ.

Neratius Lib. 2. Reſponſor.

Uſufructuarius novum rivum parietibus non poteſt imponere: Ædificium inchoatum fructuarium conſummare non poſſe placet, etiam ſi eo loco aliter uti non poſſit: ſed nec ejus quidem uſumfructum eſſe: Niſi in conſtituendo, vel legando uſufructu, hoc ſpecialiter adjectum ſit, ut utrumque ei liceat l. 61. d. Uſufr.

1. Hunc textum haud immerito *mirum* appellat D. Antonius Matthæus *Diſp. ad Pand.* 16. *th.* 32. aliâ tamen quam à Cujacio motâ ratione *lib.* 1. *Obſ.* 36. cui mirum videtur, quod Neratius negat, uſufructuarium poſſe novum rivum imponere parietibus. *Rogo*, inquit, *quis ſic loquitur, novum rivum parietibus non poteſt imponere? Deinde, cur parietibus, ut ita loquamur, potius negavit, rivum imponi poſſe, quam ſolo, quo plurimum rivus duci ſolet?* Vult igitur pro *rivum* Legi *tectorium.* Credit, deſcriptorem Digeſti Florentini, ſecutum eſſe librum obſoletum, in quo duæ priores ſyllabæ vocis *Tectorium* fuerint excſæ, ut nihil quam *rium* extiterit; quod cum non intelligeret, fecerit inde *rivum.* Quod eſſet probabile, ſi Florentinus liber eſſet deſcriptus eo tempore, quo exemplaria Pandectarum nonniſi vetuſtate adeſa extarent. Sed cum ejus antiquitas ſit à tempore florentis Græciæ, ſub poſteris Juſtiniani, ne *ſub ipſo* dicam, cum eſſet copia recentium exemplorum, minus huic conjecturæ tribuerim, quam collationi *Legis* 44. *h. t.* Ubi Neratius idem ſcribit, *Uſufructuarius novum tectorium parietibus, qui rudes fuiſſent, non poteſt imponere:* quæ verba non male cum primis hujus *l.* 61. dictis conveniunt. Plane, ſi τὸ *Rivum* in hoc loco non haberet intellectum, minus mirum foret ex *l.* 44. petere ſubſidium emendationis: ſed nihil opus eſt, opinor: Rivos imponi parietibus non miretur, qui Manilium audiverit, 5. *Aſtronom.*

Et peregrinantes domibus ſuſpendere rivos.
Et eodem libro; *Undas inducere tectis,*
Ipſaque converſis adſpergere fluctibus aſtra.

Imo ſi flumen haberi poteſt ſuprà parietes, nemo rivos imponi parietibus inſolens dixerit. Eſt autem ita; nam Stillicidium & flumen eodem loco ſunt, *l.* 1. *d. Flum.* Stillicidium caſitat, flumen fluit, id eſt, confertim cadit, per tubum. Juſtinianus, *Urbanorum prædiorum ſervitutes ſunt hæ; ut ſtillicidium vel flumen recipiat quis in ædes ſuas* §. 1. *Inſt. de Servitut.* Paulus; *Stillicidium*, ait, *quoquomodo acquiſitum, altius tolli poteſt: Levior fit, eo facto, ſervitus: cum quod ex alto cadit, levius, & interdum direptum, nec perveniat ad locum ſervientem: inferius demitti non poteſt: quia fit gravior Servitus: id eſt, pro, ſtillicido* FLUMEN, id eſt *Rivus l.* 20. §. 4. *d. Serv. P. U.* Quo igitur hujus loci Lectio, cum pace Cujacii maneat, ſatis habere videmur rationis & auctoritatis.

2. Sed eſt aliud Mirum, de quo nobis vellicat aurem Cujacius, quod ſi expedire

dire poſſimus, Mirum hujus loci minus mirum videri poterit. Titius accepit uſumfructum domus, in qua parietes nondum erant incruſtati, ſive tectorio inducti & dealbati, ſed rudes & deformes. Vult eos incruſtare, dealbare, ſive tectorio inducere, ac ita in iis habitare. Non poteſt, ut Neratius & Cujacius volunt. Quid ita? Fructuarius, qui jus habet utendi fruendi, loco domini, parietes rudes inducere non poteſt tectorio? Nonne habitare poteſt, ut homo, potius quam ut pecus? ita nullus pater, nulla materfamilias in omni Belgio non dicet. Quanto rectius Nerva filius, & *lumina immittere poſſe fructuarium, ſed & colores & picturas & marmora & ſigilla, & ſi quid ad ornatum domus pertinet*, eum facere poſſe ſcripſit, Ulpiano & Juliano teſtibus in *l.* 13. §. 7. *d. Uſufr.* Quin ipſe Neratius, inter ea quæ fructuario licent, enumerat, *tectoria & pavimenta facere l.* 7. §. *ult. eod. tit.* Hic rhodus, hic ſaltus, antinomica eunomicis mixta! Quid ergo? Vertamus, ſultis, emendationem Cujacii, & legem *Neratii* 44. emendemus ex eodem Neratio in *l.* 61. ut pro *tectorium* in *l.* 44. legamus *rivum*, viceverſa quam Cujacius, hoc modo, *Fructuarius novum rivum parietibus imponere non poteſt.* Hoc enim Eunomia facile admittet; Quippe rivum aut flumen, qui vel quod nunquam in parietibus fuit, illis imponere, nova res eſt, oneroſa domui; quale nihil poſſe fructuarium ſatis conſtat & ratio dictat: de tectorio parietum nemo dominus conditionem ſuam fieri deteriorem crederet, nec quiſquam in his diebus, puto, proprietarius, in hac re fructuarium boni patrisfamilias officium excedere, vel hoc ipſi prohibere, niſi inſanus haberi vellet, in animum induceret. Et profecto, ſi verba *l.* 44. *qui rudes fuiſſent* parietes, tam rivo ſuperimpoſito, quam tectorio, ſenſum haberent oppoſitum, ego non dubitarem tranſponere conjecturam Cujacii, & *legem* 44. *ex l.* 61. emendarem. Sed retinent nos verba *d. l.* 44. *qui rudes fuiſſent.* Parietes non habentes tectoriũ ſunt *rudes*: qui rivum non habent, hos rudes appellare non licet, opinor.

3. Quomodo igitur removemus abſurdi & contrarii notam? De abſurdo prius. Τῷ νῦν καὶ ἐνταῦθα γένει, ut ait Plato, noſtri ſoli & ſeculi moribus, non poſſet non videri abſurdum, ſi dominus uſufructuarium cautione fructuaria teneri contenderet, ideo, quod rudes parietes tectorio induxiſſet, quale nobis hodie in uſu eſt, quo tantum parietes lævigantur & dealbantur. Sed tectorium quo veteres uſi ſunt in incruſtandis parietibus, ipſis habetur inter voluptuaria *l.* 79. §. *ult. d. V. S. l.* 3. §. 4. *d. In Rem Verſo.* ubi ſic Ulpianus: *Sed ſi mutuâ pecuniâ domum dominicam exornavit tectoriis & quibuſdam aliis, quæ magis ad voluptatem pertinent, quàm ad utilitatem, non videtur in rem verſum; quia nec procurator hæc imputaret, niſi forte mandatum domini aut voluntatem habuit, nec debere ex eo onerari dominum; quod ipſe facturus non eſſet.* Unde colligimus, non fuiſſe ordinarium, ut parietes tectorio inducerentur; fuit ornamentum, & quidem voluptuarium. Vel dic potius, duplex fuiſſe tectorium, ordinarium & voluptarium. De ordinario habes textum in *l.* 13. §. 1. *d. Serv. Urb. Pr.* De voluptuario Ulpianum audivimus; & mox videbimus Plinium. Hoc voluptuarium ab alio impoſitum dominus non præſumitur fuiſſe facturus, ideoque procurator aut ſervus diſpenſator id inter expenſa computare non poteſt, *d. l.* 3. §. 4. Simplicitas veterum rudibus contenta fuit parietibus, aut forte an calce negligentius oblitis; non tectoriis ad ſplendorem exornatis: quomodo Plinius: *Tectorium*, inquit, *niſi ter harenato & bis mar-*

morato inductum eſt, *non ſatis ſplendoris habet lib.* 36. *c.* 23. Quod igitur ſervus, quod procurator à domino rei ſuæ præpoſitus, facere non poteſt, ſine domini conſenſu; quid mirum eſt, Uſufructuarium, qui re ſicut eſt, uti, nihilque innovare poteſt, id ſine conſenſu ejuſdem domini facere non poſſe, quod dominus ipſe non fecit, neque facturus præſumitur, ut Ulpianus docet in *d. l.* 3. §. 4.? Contentus ſit habitare fructuarius, quemadmodum dominus habitavit, habitaturus eſt; aut impetret ejus conſenſum, quem probabile eſt, eum facile habiturum, ſi proprio ſumptu tectorium imponere velit. Enimvero apud nos, quibus ſine tectorio parietes, niſi aulæis tecti, horridi ſunt, hac parte conſenſu opus fore ſpeciali, non exiſtimo: apud Gallos an opus ſit, Cujacius & Galli viderint; nam ea res à moribus & à munditie populari pendere videtur. Ex hyphotheſi moris Romani & genere tectorii illo voluptuario vix eſt, ut quicquam in eo quod ait Neratius, abſurdi eſſe videatur: ſi modo reſponderi poſſit ad textus oppoſitos.

4. Et quidem primo, quod ex eodem Neratio ſcribit Ulpianus, *Uſufructuarium poſſe tectoria & pravimenta facere* in *l.* 7. §. *ult.* de refectione accipiendum eſſe, patet è præcedentibus *ejuſdem* §. *verbis*, & *è ſequentibus*, dum reficere poſſe quælibet, ampliare eum nihil poſſe tradit. Quid autem ad hoc, quod colores & picturas aliaque ad domus ornatum immittere poteſt uſufructuarius? Si & tectorium ad ornatum faciat, quid huic magis obſtat, quam illis? Maxime, ſi fructuarius, ſuo ſumptu, velit inducere tectorium, quo caſu non videtur obſtare citata *lex.* 3 §. 4. *d. in Rem verſ.* Enimvero, ſi tam exilibus rerum momentis Juris-conſulti quandoque diſſenſerint, ut è collatione ſimilium conſtat, nihil mirum hac parte fuerit. Sed & de picturis quod dicitur, idem quod de marmoribus & de ſigillis *eadem l.* 1. §. 7. commemoratis intelligi poteſt, quod ſeparata ab ipſis ædibus ornamenta fuerint; inter colores autem & tectorium intererſit hoc, quod illi facilius à domino, ſi diſpliceant, uſufructu finito, tolli mutarive poſſint, quam tectoria parietum. De immiſſione luminum, quæ uſufructuario permiſſa dicitur, in *d. l.* 13. §. 7. ſtatim agetur commodius.

5. Nam aliud mirum eſt in hac *l.* 61. quod is, cui uſusfructus ædium legatus eſt, inchoatum ædificium conſummare non poſſit, etiamſi aliter eo loco uti nequeat, adeo, ut nec eius quidem uſusfructus ſit. Cum in omni Jure, qui vult finem, etiam velit media ad illum finem ducentia *l.* 2. *d. Juriſdict.* Et in hoc ipſo genere, qui legat uſumfructum agri, ſimul etiam jus imponendi ædificium agro ad fructus percipiendos neceſſarium legare videtur *d. l.* 13. § 6. *l. pen. h. t.* quanto magis conſummandi domum inchoatam facultas pendebit ab uſufructu ædium legato? Coſtalius tamen ad hanc *l.* 61. ſibi hanc rem miram non videri ſcribit; quia fructuario non permittitur altius tollere, neque diætas ſeparare, vel conjungere, aut aditus vel poſticas vertere, tametſi rem meliorem ſit facturus *d. l.* 13. At harum rerum eſt alia ratio; Non ſunt enim illæ mutationes neceſſariæ; ſed poteſt & debet uſufrctuarius eſſe contentus eo, quod ipſi domino ſatis fuit, & forte domino præſenti, finito uſufructu, diſpliciturum eſt.

6. Rurſus, ſi non licet ædificium affectum conſummare, nihilque novi facere, quid hoc eſt, quod Ulpianus ſcribit in *l.* 15. *pr. h. t.* Si quid uſufructuarius *inædificaverit*, *poſtea illum neque tollere hoc*, *neque refigere poſſe*? Non libet in re

tam

Digitized by Google

tam parvi uſus prolixe referre, quid Coraſius, *Miſcell.* 6. Donellus 10. *Comm.* 10. & gloſſatores aliique ad hunc locum & difficultatem ſolvendam commentati ſint. Inſpiciat, cui libet. Quid mihi videatur, dicam; Eſſe diſtinguendum, inter uſumfructum omnium vel plurium rerum in genere, & ſpecialem Domus uſumfructum. Si prius, non poteſt uſufructuarius inchoatum ædificium, quod in bonis ſibi ad vitam relictis invenit, ſine conſenſu proprietarii abſolvere, niſi tantummodo ſit horreum fructibus colligendis paratum. Quin etiam nec uſusfructus quidem domus illius imperfectæ videtur eſſe relictus; etſi forte in illo genere rerum contineatur; ſiquidem nec habitare poteſt in imperfectâ domo, nec eam conſummare, natura uſusfructus patitur. Quod autem de inædificato per uſufructuarium, non tollendo habetur; in *l.* 15. de modico additamento, ad uſum, non ad conſummationem pertinente, capiendum. Quod ſi Teſtator, uſumfructum domus inchoatæ ſpecialiter alicui legaverit, non dubitabimus, quin heres ipſe proprietarius ad conſummandum ædificium, & legatario ad utendum fruendum præſtare teneatur. Tantum eſt.

Ulpianus Lib. XVII. ad Edict.

Interdum pars uſusfructus & non habenti partem ſuam, ſed amittenti accreſcit, Nam ſi uſusfructus duobus fuerit legatus, & alter lite conteſtatâ, amiſerit uſumfructum, mox & collegatarius, qui litem conteſtatus non erat, uſumfructum amiſit, Partem dimidiam duntaxat, quam amiſit, qui litem conteſtatus eſt, adverſus eum qui ſe liti obtulit, à poſſeſſore conſequitur. Pars enim collegatarii ipſi accreſcit, non domino proprietatis. Uſusfructus enim perſonæ accreſcit, etſi fuerit amiſſus. l. 10. *d. Uſuf. accreſc.*

1. Hic textus in eundem Cenſuræ aculeum, quem fixit Autumnus in *l.* 33. §. 1. *d. Uſuf.* impingitur. Is enim rationi & æquitati convenire ſtatuit, ut pars uſusfructus deficiens ad proprietatem, non ad conjunctum in uſufructu pertineat. Si quis inſtet ex §. *ult. I. de Uſuf.* non dari uſusfructus cum proprietate conjunctionem, niſi *totus* uſusfructus finiatur, ille ſubtilitatem hanc eſſe replicabit inanem: Quid enim vetat uſumfructum pro parte cum proprietate conjungi, æquè ac ab initio ſæpe contingit, ut prò parte penes unum & pars altera penes proprietatem ſit, *l.* 6. *d. Uſufr. ear. rer. l.* 29. *d. uſu & uſufr. leg*? Solidius hoc eſſe putat, quod naturalis ſit uſusfructus cum proprietate conjunctio, ſcilicet, ut quiſque fructus rei ſuæ capit, potius quam hæc alii ſerviat; præ illa ſubtilitate, quam Juris periti magis excogitaſſe, quam è natura negotii petiiſſe videntur, ſicut ſicut & de omni jure Accreſcendi quo nihil ſubtilius, pariter id abuſu removendum eſſe multi arbitrantur. Ipſe Marnacius *ad h. l. Dubitavi*, inquit, *an adjicerem de his quicquam. Legi enim nunquam, nec ab ullo audivi, motas in id fuiſſe ullas quæſtiones.* Quod autem nullius uſus eſt, magis ad Hiſtoriam Juris antiqui, quam ad Jurisprudentiam, quæ eſt Philoſophia popularis, pertinet.

2. Hoc quidem Mornacius de argumento hujus *legis* 10. potius, potius de Univerſo Jure Accreſcendi, quod Autumnus inſectatur, poſuit. Obſervatum eſt

Digitized by Google

Jam pridem, duplex eſſe jus Accreſcendi, Unum quo pars vacans hereditatis accreſcit ſcriptis heredibus, nullo deficiente; quia Nemo, niſi miles, pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus decedere poteſt *l. 7. d. R. I.* Quam regulam uſus hujus ſeculi rerum hominumque, ſimul & jus Accreſcendi inde dependens in multis populis aboleviт, quâ de re vide Groenewegium ad §. 5. *Inſt. de Hered. inſt.* Sed jus Accreſcendi, de quo hic agitur, quo pars deficientis accreſcit conjuncto, non eſſe abolitum, multis idem auctoritatibus probat, & ſecundum illud omni die reſponderi & judicari videmus. Etenim, ut Pars uſusfructus deficiens, accreſcat ei potius, qui partem habet alteram, quam domino proprietatis, id habet tacitam defuncti voluntatem. Nam in caſu, quo jus Accreſcendi locum habet, Teſtator duobus aut pluribus ejuſdem rei uſumfructum legat, ſine partibus realiter diſcretis; nudam autem proprietatem penes heredem aliumve, quem noluit habere uſumfructum, collocavit. Quando igitur pars uſusfructus deficit, tunc eſt vero ſimilius, quod Teſtator hanc partem relictam voluerit ei, quem ad eundem uſumfructum ſine diſtinctione partium vocavit, quam ei, à quo uſumfructum penitus alienavit. Hæc de jure Accreſcendi in uſufructu, generaliter.

3. Argumentum hujus textus eodem pertinet, de quo habuimus in *d. l.* 33. §. 1. niſi quod hic textus aliquid obſcuritatis habet è conciſione verborum, quibus Ulpianus utitur. Ponit uſumfr. duobus relictum. Alter ex illis petit ſuam partem. Sed repulſam patitur, ſive per judicis injuriam, vel quod interim capitis diminutione vel præſcriptione ſuum jus amiſerat; *mox & collegatarius, qui litem conteſtatus non erat, uſumfr. amiſit. Partem dimidiam duntaxat, quam amiſit* ille qui litem conteſtatus non erat, is, *qui litem conteſtatus eſt, conſequitur.* Etſi enim ille partem uſusfructus ſibi relictam conſecuturus non eſt, verè tamen eſſe poteſt uſufructuarius; quia ſententia, quæ ipſi adverſa fuit, non eſt modus amittendi uſumfructum, vel ponendum eſt, priorem Uſusfructus partem, ei non fuiſſe negatam, quod pars uſusfructus ei legata non eſſet, verum per capitis diminutionem aut per Præſcriptionem; quibus cauſis non deſiit eſſe legatarius, ideoque nec amiſit Accreſcendi jus, etſi parte ſibi legata exciderit. Si de parte dominii hoc ipſi per eaſdem cauſas accidiſſet, Accreſcendi jure non gauderet, quoniam hoc in dominio, parti advolvitur inſtar Alluvionis, ut habuimus ad *l.* 33. §. 1. *ſuprà.* Sed in uſufructu jus Accreſcendi pertinet ad perſonam uſufructuarii, non ad rem; Atque dominium eſt ipſa res, uſusfructus eſt jus perſonale, quod idcirco habet affectionem perſonalem. Plus difficultatis inducit ad hunc locum Cujacius *lib. 9. Obſ.* xi. quæ his poſitis, ſuo loco relinquere poſſe videmur. Cenſuræ ſatisfactum eſt.

Papinianus Lib. XVII. Quæſt.

Cum ſingulis fructus alternis annis legatur, ſi conſentiant in eundem annum, impediuntur, quod non id actum videatur, ut concurrerent. Multum enim refert, duobus ſimul alternis annis legetur, quod ſanè ultra primum annum procedere non poterit,

non

Digitized by Google

non magis quam ſi uni legatus ita fuiſſet; an ſingulis, alternis annis. Nam ſi concurrere volent, aut impedient invicem propter voluntatem aut ſi ea non refragabitur, ſingulorum annorum fructus vacabit l. 2. §. ult. Quib. mod. Uſusfr. amitt.

1. Hæc quidem ſubtilitas æquitati & voluntati Teſtatoris reſtagari videtur. Quid enim? Nonne Teſtator uſumfructum ab herede penitus alienavit, cum ſingulis uſumfr. alternis annis legavit? Si ergo legatarii conſentiant, ut ſimul utantur, quid hoc ad heredem, cui perinde eſt, utrum bini pro parte media conferrent, an ſinguli in ſolidum alternis utantur? *Voluntatis tantum quæſtio eſt, quâ non bene perſpecta, Papinianus quæſtionem temere definivit*, ait Autumnus; qui fructum vacare debere, propterea, quod modum uſusfructus exercendi, communi conſenſu, mutant legatarii, negat, cum in eâ re nihil heredi, ſive domino proprietatis offerant iniqui aut jus ejus minuant.

2. Enimvero, ſi Teſtator in legato alternis annis relicto nominatim expreſſerit legatarios, ordo annorum ex ordine nominum ſumitur *l. 34. in pr. d. Uſusfr.* Si ordo nominum vices annorum non exhibeat, ut ſi dixerit, duobus fratris mei Titii filiis: inter ſe conſentire debent, uter prior, uter anno ſequente ſit uſurus fruiturus, & ſi alter ad conſenſum adduci nequeat, judicis officio res dirimitur, per *l. 84. §. ult. d. Legat. 1.* Quid ſi nolint alternis annis uti frui, ſed in unum eundemque annum conſentiant? Hunc eſſe diſſenſum ait Accurſius, id eſt, cum uterque vult eſſe primus, & res à judice non dividitur, ambo in eundem irruunt annum. Sed hunc diſſenſum à Judice, vel ſortilegio tolli expeditum erat; Verum in ſpecie hujus L. fructuarii videntur ſic inter ſe conveniſſe, uti pariter continuis annis uterentur. Quid obſtat, quominus ita inter ſe convenire poſſint? Si commodius eſt ipſis ſimul in fundo habitare & agris uti, quam alternis annis migrare & inſtrumenta culturæ transferre de loco in locum? Quod ſi de ordine conſtet è teſtamento, vel judicis officio vel ipſorum conventione, quare primus impedietur cum ſecundo paciſci hoc modo, ſecundum verba Teſtamenti? Ego prius, tu ſequenti anno utemur fruemur. Jam ego te admitto in communionem hujus anni; tu me viciſſim admittes in communionem ſequentis anni, idque dum uterque in vivis erit, continuabitur. Non eſt dubium, quin ſi concordare queant, id commodius ſit ambobus, & ſuo perſonali, & agriculturæ reſpectu: Nec heredis quidem intuitu quicquam intereſſe videtur.

3. At Papinianus, *Multum* ait, *refert, duobus ſimul alternis annis legetur, quod ſane ultra primum* è duobus *annum, procedere non poterit, non magis, quam ſi uni legatus ita fuiſſet: an ſingulis, alternis annis.* Intereſſe inter hæc, non poteſt negari; Si duobus ſimul alternis annis legetur Uſusfructus, ambo per unum annum utentur fruentur, alterius anni uſusfructus vacabit, quemadmodum fit, ſi uſusfructus uni alternis annis legetur. Quando verò ſingulis relinquit alternis annis, uſusfructus continuo eſt occupatus, modo vices annorum ſervent. At ſi in unum annum conſentiant, impediuntur in continuo uſusfructu exercitio. Sed cum civilium rerum differentiæ in effectis conſiſtant, quid efficit hoc impedimentum Papinianus adfert rationes, ſed quæ aut verbis ſolummodo Teſtatoris, non re ipsâ ac effectu nituntur, aut in captionem inanem deſinunt. *Nam* ait, *ſi concurrere volent, aut impedient invicem, propter voluntatem:* quia Teſtator voluit, ut

 alternis

Digitized by Google

alternis vicibus, non ut ſimul uterentur. *Aut ſi ea non refragabitur*, id eſt, ſi Teſtator illis hanc poteſtatem fecerit, ut ſimul, id eſt, eodem anno uti poſſint, tum, inquit, *ſingulorum annorum fructus vacabit*: id eſt, ſingulis bienni vicibus, unius anni. Tunc enim ſimiles ſunt iis, quibus ſimul alternis uſusfructus relinquitur, ut dictum. Quia ſuſtulerunt vices alternas; & continuitas ipſis non competit è teſtamento. Sed an non iſta videtur eſſe inanis captio? Pone; Tu & ego ſumus fructuarii alternis annis. Primo anno, cum tuæ vices ſunt, admittis me in ſocietatem, non jure meo, ſed tuo; meum jus igitur non conſumpſi, hoc anno ſequente ſupereſt; quid vetat, me nunc, cum meæ vices ſunt, te admittere in uſufructu fundi, non tuo, ſed jure meo, atque ita continuare ceſſiones juris utriusque noſtrum? Difficile eſt, dicere, quid hanc reciprocationem impedire poſſit.

4. Difficile eſt etiam dictu, Papinianum in re minimè difficili, tam inciviliter ineptire, quam vult Autumnus, & quam ex iis quæ dicta ſunt, videatur. Sed ego non putem, omnem illam inſtantiam congruere in Papiniani ſententiam. Ille nititur hoc fundamento; Qui aliter utitur uſufructu, quam à Teſtatore præſcriptum eſt, ille non utendo per modum, amittit uſumfructum §. *pen. l. de Uſufr.* quemadmodum, qui aquæductum habet, ut nocturnâ utatur aqua, ſi interdiu utatur, amittit aquæ ducendæ ſervitutem *l.* 10. §. 1. *Quemadm. Servit. amitt.* Vel ſi quis alios modos ſervituti impoſitos non ſervaverit *l.* 11. *l.* 18 *in pr. eod. tit.* Eodem jure, qui habent ſervitutem, ut ſinguli alternis utantur, non poſſunt uti pariter, quia non poſſunt ſibi ipſis mutare cauſam Servitutis à Teſtatore certo modo præſcriptæ. Si vero Teſtator ita ſingulis uſumfructum alternis annis reliquerit, ut tamen permitteret iis pariter uti, ſi vellent; hoc aliter accipi non poteſt, quam ut alternatio maneret: Verum enim eſt, quod Teſtator ſingulis uſumfr. alternis annis legaverit, nec illi id ita mutare poſſunt, ut ambo continuis annis utantur fruantur. Ideoque, ſi ambo in eundem annum conſentiant, utriusque jus illo anno conſumitur, & ſic alterius anni fructus vacabit: Perinde ac ſi unus vel duo ſimul uſumfr. alternis accepiſſent. Nec ad rem pertinet, quod hæredis nihil intereſſe videatur, utrum pariter annis continuis, an ſinguli alternis utantur annis. Non ſequitur enim, Tu nihil damni ex uſu, quem ego in re tua inſtituo, capis; Ergo id impedire non potes. Imo poſſum, niſi Teſtator, cui parere debeo, ſecus injunxerit. Iſta foret calumnia juris, non diſſimilis ei, quæ memoratur in *l. pen. ad Exhibend.* ubi; *Nam illâ ratione ſtudioſus alicujus doctrinæ poſſet dicere, ſua intereſſe, illos aut illos alterius libros ſibi exhiberi, quia? ſi eſſent exhibiti, cum eos legiſſet, doctior & melior futurus eſſet:* Libri autem domino ſuo per hunc uſum nihilo deteriores futuri eſſent. Sicut inde non datur jus perfectum, invito domino, libris utendi; ita nec fructuariis, invito proprietatis domino, uſumfructum aliter quam conſtitutus eſt, exercere licet.

5. Hæc pro ſententia Papiniani: verum enimvero, ſi legatarii vices annorum inter ſe conſtituerint, & primus jure ſuo, priorem annum exerciturus; ſecundi anni legatarium in ſocietatem ſui anni recipere velit, hoc heredem, ſive Dominum proprietatis impedire poſſe, ſummo jure vel etiam ex æquitate non apparet, qua ratione contendi queat; cum utique extraneo, ſi velit, partem uſusfructus

ctus non minus quam totum, ex pacto, concedere poſſit; hactenus, ut fructus unà percipiat, jus tamen uſusfructus nullam recipiat mutationem *l.* 12. §. 2. *l.* 38. *l.* 67. *d. Uſufr. junct. l.* 66. *d. jur. dot.* Sed ut de tali conventione Papinianum egiſſe non liquet, nec adeo de tali cogitaſſe videtur; ita nec ſcio, an uſufructuariis per ejuſmodi Conventionis circuitum, conditionem ſive modum uſusfructus, ex alternativo in continuum, transformare permitteretur; quod revera fieret, in fraudem, ut videtur, Teſtamenti, & Heredis proprrietarii; cui poſſunt eſſe rationes, cur malit ut alternis annis ſinguli, quam ut bini quotanis uſumfructum rerum ſuarum exerceant. Ergo omnibus bene perpenſis, ſententia Papiniani rectà & ſolida ratione conſtare videtur. Nec adeo Prætoris interventus, qui legatarios diſſentientes, ubi de eo quod ipſorum intereſt duntaxat agitur, dirimere ſolet; jus hujus loci, quod ad tertii Heredis ſive proprietarii ſpectat præjudicium, mutare poteſt, ut recte Faber ad *hunc* locum ſecus ac putat Accurſius, & Fabro antea viſum fuerat, uti ſe retractans ipſe fatetur.

Ulpianus Lib. XVII. ad Sabin.

Quadrigæ uſufructu legato, ſi unus ex equis deceſſerit, an extinguatur uſusfructus, quæritur. Ego puto, multum intereſſe, equorum, an quadrigæ uſusfructus ſit legatus. Nam ſi equorum, ſupererit in reſiduis: Si quadrigæ, non remanebit, quoniam quadriga eſſe deſiit, l. 11. §. *ult. Quib. mod. uſusfr. amitt.*

1. D. Wiſſembachius *ad h. tit.* Hoc *ſubtile magis eſt*, *quam ex uſu*, *hodieque judicatur contrarium.* Ita quoque cenſores & ipſe Mornacius, minime alioqui cenſor juris antiqui, nulla tamen Statuta, vel auctoritatem allegantes diverſam, ſed ad *fori columnam*, ait Mornacius, *à peritiorum conventu ſecus exiſtimatum eſſe.* Quorum quidem judicium, pragmaticorum, inquam, hodie in fori periſtyliis ambulantium, non eſſe ſpernendum fatemur; ſed animadvertendum eſt, an hypotheſis quæſtionis eadem ſit hodie, quæ fuit olim: Etenim linguæ veteris & noſtræ, hac in re, diverſa videtur eſſe ratio, cujus rei exemplum elegans Mornacius *ad h. l.* refert; Cum Advocatus quidam apud Luteriam Pariſiorum, verba hujus textus, *cum equus deceſſerit*, vernacule ita extuliſſet; *le cheval eſtant decedè*, verbotenus ut Ulpianus, riſu tamen ſonoro totius auditorii exceptus eſt; cum quod Latinis rectè dicitur, *equus deceſſit*, à Gallis, transſumpto licet eodem *decedendi* vocabulo in uſum linguæ, ad homines tamen, reſtringatur, in beſtiis autem ridiculum habetur. Ita vix eſt, ut ſermo Gallicus aut Germanicus vel Belgicus, recipiat hanc diſtinctionem, inter legatum quatuor equorum & legatum quadrigæ. Si hæc, ut totum certæ conformationis accipitur, conſentaneum eſt eidem juri ſubjectam eſſe Quadrigam, cui reliquæ res, quorum uſusfructus legatur, obnoxiæ ſunt; de quo ſolet quæri: Si res pro parte perierit, an in parte reliquâ maneat uſusfructus: diſtinguitur, eaque diſtinctio in univerſum non reprehenditur; Utrum id quod supereſt, ejuſdem nominis ſit cum toto, an verò nomen adeoque ſpeciem ſuam amiſerit. Si hoc, uſumfructum interire dicemus *ad* §. *pen. I. de Uſufr.* ut & nos probavimus in Prælect. *ad d. tit. n.* 14. Atqui uno

ex equis pereunte, non eſt amplius Quadriga. Sed in equorum legato quatuor, uno decedente, reliqui adhuc equi ſunt, quales in legato fuerant. Sic etiam uſuſructu tabernæ vel horrei relicto, ſi balneum inde vel diæta ſit facta, licet eodem ædificio, finitur uſusfructus; quia res deſiit eſſe quod fuit *l.* 12. *in pr. eod. tit.* Uſufructu ſervi hiſtrionis relicto, ſi teſtator inde nomenclatorem fecerit, etſi idem ſit ſervus, uſusfructus tamen perit, mutatâ qualitate, ſecundum quam legatus erat *d. l.* 12. §. *ult.* Fragilius eſt jus uſusfructus, quam proprietatis, ut in hac ipſa *ſpecie videre* licet ex *l.* 65. §. 1. *d. legat.* 2. Verum, quia non habemus in noſtra linguâ diſtinctionem illam ſingulis vocibus, inter quatuor equos & quadrigam, hinc uſus hujus obſervationis ceſſat, abſque ullâ Juris antiqui nota Cenſoria.

Julianus Lib. xxxu. Digeſtor.

Si tibi fundi uſusfructus purè, proprietas autem ſub conditione Titio legata fuerit, & pendente conditione, Dominium proprietatis acquiſieris, deinde conditio extiterit, pleno jure fundum Titius habebit; neque intereſt, quod detracto uſufructu, proprietas legata ſit: Dum enim proprietatem acquiris, Jus omne legati uſusfructus amiſiſti l. 17. *Quib. mod uſusfr. amitt.*

1. Iniquum eſſe hoc Juliani reſponſum, non modo Autumnus, & Groenewegius arbitrantur, ſed etiam Carolus Molinæus, qui, ut verè Mornacius ad *h. t.* excellit in rationibus juris naturæ, politicis & benignis Juri admovendis, ad *Conſuet. Par.* §. 13. *gl.* 5. Nec dubitat, ſi eadem unquam ſpecies proponeretur, amplectendam eſſe contrariam ſententiam. Ipſe Mornacius hanc juris ſubtilitatem, etſi à Bartolo & Baldo probatam, ait refugere τὴν κοινὴν ἔννοιαν, *commune æquitatis Judicium.* Tiraquellus de *retr. gentil.* §. 1. *gl.* 7. *à n.* 62. *ad n.* 70. ſimilem tractat quæſtionem, in tali ſpecie & materia frequentis uſus; Legatus eſt mihi uſusfructus fundi. Venditur ab herede nuda ejus proprietas. Emo illam. Mox à conſanguineo retrahitur illa Fundi proprietas. Ego uſumfructum retinere volo. Retrahens; Tu, ait, uſumfructum perdidiſti, conſolidatione factâ, cum emeres Proprietatem: Tunc enim Dominus per traditionem quoque, ſaltem brevi manu, factus es, nec uſusfructus ita ſemel extinctus, ſine nova causa reviviſcere poteſt. Enimvero ſecundum hujus textus ut videtur Argumentum, ego amiſi uſumfructum: Sed iniquum id eſſe, aliterque judicandum, re multum diſceptatâ, judicat Tiraquellus.

2. Hic eſt ſimilis ſpecies. Legatus eſt mihi uſusfructus fundi, & tibi nuda proprietas, ſub conditione, ſi navis ex India veniat. Hæc autem tardat, ut fit, multum, & periiſſe creditur. Ideoque heres ejuſdem fundi proprietatem vendit, egoque illam emi. Paulo poſt venit inopinatò ex India navis. Tu fundum iſta conditione tibi legatum petis. Ego proprietate tibi commiſſa, de qua regreſſum habeo adverſus heredem venditorem, legatum mihi uſumfructum retinere volo. Tu negatoriam opponis; eo quod uſumfructum ego perdiderim, emendo proprietatem, nec ipſemet eam mihi reſtituere potuerim. Ac ita Julianus ſentit, te plenum habere Dominium, me uſumfructum amiſiſſe peremptorie: quod iniquum & prædu-

prædurum videtur: Quur enim legatarius nudæ proprietatis, exiſtente conditione, plus quam ſibi relictum eſt, conſequatur; aut ego uſumfructum vivus amittam, nihil juſtæ cauſæ apparet. Idque alii Juris auctores, in ſimilibus æquè ſenſerunt; Papinianus *in. l. 57. de Uſufr.* hanc habet ſpeciem. Habebam uſumfr. fundi alieni. Dominus proprietatem mihi per teſtamentum legavit; Et ſic conſolidatione factâ, uſumfr. amiſi. Mox filius Teſtatoris, inofficioſi Querela Teſtamentum reſcindit, & fundum à me avocat. *Manſiſſe fructus jus integrum ex poſt facto apparuit*, ait Papinianus. Similis caſus à Javoleno deciſus eſt in *l. 35. d. Bon. libert.* niſi quod ibi Teſtamentum non per Querelam Inofficioſi, ſed bonorum poſſeſſionem contra tabulas reſciſſum eſt; *Uſumfructum in cauſam priſtinam reſtituendum puto*, inquit Javolenus. Nonne paria ſunt hæc omnino caſui *noſtræ Legis*? Enimvero Javolenus ſuggerit aliquam diverſitatis rationem; Nam filius, reſciſſo teſtamento, bona quæ & quatenus defuncti, cum moreretur, fuerunt, conſequitur: Illo autem tempore uſusfructus erat meus: Ergo nec filius aliter accipit bona, quam cum onere uſusfructus. Idem de quæſtione, quæ eſt hac de re, in caſu Retractus exiſtimaverim. Ego fructuarius emi rem; Tu retrahens fundum meo loco ſuccedis, & res in eum ſtatum reducitur, ac ſi ego non emiſſem. Sic uſumfructum eſſe integrum, ex poſt facto apparet. Recte tamen conſulet emptor uſufructuarius, ſi in emendo proteſtetur, ſe reſciſſa forte venditione, uſumfructum ſibi velle ſalvum. Neque tamen ſine proteſtatione, aliter juris eſſe videtur.

2. Sed videndum, ne non aliter ſe res habeat in ſpecie *l. 17. heic ſupraſcriptâ.* Fructuarius illic emit, aut aliter acquiſivit nudam proprietatem, non ignorans (ita ponendum eſt) illam alii ſub conditione eſſe relictam. Non ignorat, per emptionem proprietatis, uſumfructum interire; Conditio exiſtens non reſcindit venditionem. Ejus obligatio inter emptorem & venditorem manet. *l. 16. §1. d. Contrab. empt.* Conſequenter etiam manet ejus effectus, qui eſt Conſolidatio uſusfructus cum proprietate, quæ vere fuit acquiſita, dum pependit conditio. Et hujus exiſtentia facit ut res occupetur, qualis eſt conſolidata, pleno dominio. Idque eſt, quod Azo ad *h. l.* ait; In *d. l. 57. & l. 35.* rem auferri, ex causa, quæ fingit proprietatem nondum eſſe quæſitam, ſecus ac in ſpecie *hujus legis:* Fructuarius emptor habet quod ſibi imputet, emendo rem quam ſciebat alii ſub conditione legatam eſſe, & cujus uſumfructum penes ſe collocatum noverat interiturum. Plane, ſi ignorans emiſſet, mihi non videtur eſſe dubium, quin uſusfructus ei judicis officio reſtituendus foret, per *l. 16. & leg. 17. de Contrab. emp.* Quæ hoc melius probant, quam Mornacius inde colligit antinomiam, cum hac *l. 17.* qua de re dixi in *Prælect. ad h. tit. n. 2.*

Paulus Lib. XIII. ad Plautium.

Si uſusfructus alternis annis legetur, non poſſe non utendo eum amitti, quia plura ſunt legata l. 28. d. t. Quib. mod. uſusfr. amitt.

Hæc etiam ſubtilitas non modo ab uſu, de quo Mornacius, ſed etiam à ra-

 tione

ratione aliena videtur. Cum enim utilitas publica, ſervitutum quoque præſcriptiones, cum realium tum perſonalium, introduxit; quid hæc qualitas in uſufructu alternis annis aliud efficere poteſt, quàm quod efficit in Servitute prædiali, ubi ſaltem duplicato tempore fit præſcriptiò *l. 7. Quemadm ſervit. amit*? ubi, *Si alternis annis vel menſibus quis aquam habeat, duplicato conſtituto tempore amittitur. Idem de itinere cuſtoditur*? Hujus rei argumento, nos olim uſi *Legem 28. hic propoſitam*, ex *d. l. 7.* explicandam arguimus, ut ſenſus Pauli foret, eſſe quaſi duos uſuſfructus, eâque propoitione, duplici opus eſſe tempore, ad præſcriptionem, & ſic non poſſe non utendo *per conſtitutum tempus* amitti uſumfructum.

2. Sed hoc argumentum à Servitute prædiali ad Uſumfr. non admittit idem Paulus in *l. 12. de uſu & uſufr. leg.* ubi, *Cum uſusfructus alternis annis legatur*, ait, *non unum, ſed plura legata ſunt. Aliud eſt in Servitute aquæ & viæ. Viæ enim Servitus una eſt; quia naturâ ſui habet intermiſſionem.* Servitutis viæ ſive actus uſus ſecundus divellitur, eoque reſpectu, tempus ad præſcriptionem obtinendam duplicatur, cum ſervitus ipſa maneat una. Sed hoc in uſufructu alternis annis relicto non procedit; quia non manet unus: Sed plures ſunt uſuſtructus. Secundum quam rationem & *d. l. 28.* Uſusfructus, alternis annis legatus, non utendo prorſus non amittetur, quod abſonum & nimiæ vel forte nullius ſubtilitatis videtur. Difficile enim ſit, rationem differentiæ hac parte inter Uſumfr. & Servitutem prædialem reddere. Præſertim, cum noviſſimè Juſtinianus ſanxerit; Conſtitutâ ſervitute vehendi ſemel in quinquennio, huic juri xx. annis præſcribi *l. pen. C. de Serv.* ipſumque uſumfructum amitti, per eandem præſcriptionem, qua Dominium amittitur *l. pen. C. de Uſufr.*

3. Omnibus exactis magis eſt ut Paulum hoc poſteriore ſenſu intellectum, defendere oporteat, ut rectè dixerit, uſumfructum alternis legatum nulla omnino præſcriptione tolli; Sed Uſumfr. illum eſſe inſtar annui legati, de quo proditum eſt, tot eſſe legata, quot ſunt anni *l. 4. d. Ann. legat.* totidemque præſcriptiones *l. cum notiſſ. §. fin. C. de Præſcript. 30. ann.* Ita, ut annuo legato ipſi non præſcribatur; ſed penſionibus præteriti temporis, in ſingulis annis ſeorſim computatis. Quod huic Annui Legati naturæ Uſumfructum alternis relictum, potius quam Servituti prædiali comparaverint Juriſconſulti, non meretur Cenſuram, ſed rei naturæ bene convenit; nec quominus ita obſervetur, ubi ſecus non eſt ſtatutum vel moribus receptum, quicquam obſtare videtur. Vide ſis Buſium *ad h. l. 28.* & confer cum *Prælect. ad h. t.* Non ſemper id æque clare perſpectum habuimus.

Ulpianus Lib. XVII. ad Sabin.

Pomponius quærit; Si fundum à me Proprietarius conduxerit, eumque fundum vendiderit Sejo, non deducto uſuſructu; uſumfructum per emptorem retineam, & ait, *Licet proprietarius mihi penſionem ſolverit, tamen uſumfr. amitti: quia non meo, ſed ſuo fruitus eſt emptor. Teneri planè mihi ex locato proprietarium, quanti mea interfuit, id factum non eſſe. Quanquam ſi à me conductum uſumfr. quis alii locaverit, retinetur uſusfructus; Sed ſi proprietarius eum locaſſet ſuo nomine,* dicen-

dicendum, *amitti: Non enim meo nomine fruitur colonus. l. 29. in pr. Quib. mod. Uſufr. amitt.*

1. Si verba legis hujus per ſe conſideres, quid hoc rei? Ego ſum fructuarius, tu dominus ejusdem fundi. Hunc ego locare poſſum cuivis, etiam tibi, nec tu plus quam conductor es, quod ad uſumfr. attinet, *l.* 12. *in pr. l.* 38. *d. Uſufr.* Tu conductor eum fundum alii vendis, non deducto uſufructu. Hoc tuo facto, meum jus perit? Quid abſurdius, ut dominus conductor meum jus in Re, ſuo facto mihi adimat invito! Sed hæc abſurdi ſpecies evaneſcit, ubi ad præcedentia reſpexeris, quæ agunt de præſcriptione uſusfructus. Non amittitur Uſusfructus, niſi non utendo per tempus à lege præſcriptum, ab eo, cui dominus proprietatis, qui rem à fructuario conduxit, eam vendidit. Hic enim à domino rem nactus, per emptionem habet juſtum titulum, bonam fidem, nullum vitium furti aut violentiæ, poſſeſſionem continuam, tempus legitimum, omnia requiſita Uſucapionis.

2. At ne ſic quidem Autumnus acquieſcit; Refragatur enim Juris ratio, inquit, quâ Venulejus ait, *neque impediri poſſeſſionem*, *ſi alius fruatur*, *neque alterius fructum amputari*, *ſi alter poſſideat l.* 52. *d. Acquir.* cujus textus Florentina lectio diverſum edit ſenſum, & magis *huic l.* 29. convenientem; *Namque impediri poſſeſſionem*, *& computari*, pro *amputari*, habet. Sed demus Autumno lectionem ſuam, de qua forſitan in loco; demus & hoc, quod uſufructuarius, alio poſſidente, jus ſuum non amittat, incontinenti; nec enim ibi de uſucapione agitur. Si tamen Tertius rem à vero domino, ut *ſupra* factum, acceperit, animoque domini per tempus legitimum poſſedit, hæc verba non faciunt, ne uſusfructus amittatur. Inſtat Autumnus; non amiſit fructuarius poſſeſſionem, nam retinere animo poſſeſſionem poſſumus §. 5. *I. de Interdict.* Scilicet, ſi non relinquendæ poſſeſſionis animo quis, ſed poſtea reverſurus inde deceſſerit, etſi alius interea fundum occupaverit; quamdiu enim id is qui receſſit, ignorat, animo retinet poſſeſſionem *l.* 3. §. 8. *l.* 6. §. 1. *l.* 45. *d. Acquir. poſſ.* Hoc ita, ſi non per actum, ejus qui noſtro nomine erat in poſſeſſione, tranſlata ſit in alium poſſeſſio *d. l.* 3. § 3. ubi lege ſis, *tradiderint*. Nam ſi, cui poſſeſſor rem commodavit vel pignori dedit, vel depoſuit, is eandem rem alii tradiderit, primus eam poſſidere definit *l.* 3. §. *qui pignori* 4. *d. Uſurpat. & uſucap.* Multo magis, per conductorem, qui ſimul ipſe dominus rei erat, Fructuarius amittet poſſeſſionem, ut in *hac l.* 29. Si modo verè ipſoque eventu Traditio perpetrata ſit: Nam ſi conductor rem vendiderit quidem, ſed actu traditionis nullo interveniente, fundum incontinenti ab emptore conduxerit, hujusmodi occulta fraude non mutatur poſſeſſio *l.* 32. §. 1. *d. Acqir poſſeſſ.*

3. Et hoc equidem hactenus, ſi dominus uſufructu conducto, rem alii vendiderit & tradiderit, isque juſto tempore eam poſſederit, uſumfructum amitti, non malè ſe habet. Quod ſi is qui rem conduxit à fructuario, illam alii locaverit, utcunque ſuo nomine, poſſeſſio non mutatur, nec uſucapio, cujus etiam titulus deficit, hoc caſu procedit, ut eſt in *h. l.* Sed pone; Proprietarium, ut antea, rem ab uſufructuario conduxiſſe, eandemque rem alii, ſuo nomine relocaſſe, an heic amittetur uſusfructus? Ita Ulpianus adfirmat, *in fine textus ſupra ſcripti.*

Quis igitur illum acquirit? Conductor dominus, an conductor ſecundus? Neuter habet animum vel titulum acquirendi rem conductam, ideoque nec uſucapere vel præſcribere poteſt *l. 2. C. de Præſcr. 30. vel 40. ann.* Tamen hoc ita ſcriptum eſt, ut *ſupra* poſuimus; *Sed ſi proprietarius eum locaſſet ſuo nomine, dicendum, amitti: non enim meo nomine fruitur colonus.* Quid tum? inquam, fruitur nomine proprietarii & is nomine fructuarii, à quo conduxit: Ac ita mediatè alieno miniſterio fructuarius retinet poſſeſſionem, nec ulla præſcribendi facultas *d. l. 2.* Hujus rei fateor, me rationem non intelligere, niſi in his ultimis verbis Proprietarius rem non conduxerit à fructuario; ſed aliunde nactus poſſeſſionem contenderit aut putaverit uſumfructum, ſive plenum dominium ad ſe pertinere, licet revera uſusfructus ſit alterius; Interea, ſi rem ſuo nomine & opinione pleni juris tertio locaverit, Uſufructuarius verus non utendo jus ſuum amittere poteſt. Hanc interpretationem, quæ & eſt Accurſii, verba non reſpuunt; contextus ita cum præcedentibus habet aliquid inexpectati vel ſubiti, quod tamen, quomodo adhuc eſt, admittendum videtur. Faber cum ſenſum repudiat & vult, conductorem ſecundum, ſi à proprietario rem ſuo nomine locante conduxerit, uſufructuario jus ſuum intervertere. Quod per ea quæ dixi, non habet rationem; hoc Faber adſtruit contra, vel dicta refellit.

4. Cæterum, huic Theoriæ non eſſe locum hodie, monet Autumnus, eo quod Juſtinianus in *l. Ult. C. de Acquir. poſſeſſ.* ſuſtulerit hoc jus, quo ſervi, Procuratores, coloni, inquilini, vel quicunque alius eſt in poſſeſſione pro nobis, ſuo facto poſſeſſionem in alium transferre queat: Quo fiat, ut ſuperior diſputio de nihilo ſit. Reprehendit autem Cujacium, quod is legem *Pomponius* ſupra ſcriptam explicans, ejus mutationis per *d. l. ult.* introductæ non meminerit; eoque nomine ſibi magnifice plaudit, ut *in Prælect. ad h. tit. n. 3.* adnotavimus. Verùm Cujacius non per oblivionem, ſed ratione ſua ductus non meminit *d. l. ult.* quoniam eſt in hac ſententia, cujus etiam eſt Donellus *in lib. 5. Comment. c. 12. verſ. his modis.* Anton. Faber *dec. 4. Err. 2. & ſeqq.* & Wiſſembachius *ad tit ff. de Acquir. poſſ. th. 21.* Conſtitutionem *d. l. ult.* non pertinere ad actus tradendi, cum prævia cauſa, ab his qui erant in poſſeſſione, celebratos; ſed ad derelictiones negligentia vel dolo factas, quam ſententiam ſequuta eſt ſuprema Friſiorum Curia apud Sandium *lib. 5. tit. 4. defin. 1.* utcunque Sandius ipſe pro diverſa fuerit interpretatione, quæ communior eſt Doctoribus, quam hic Autumnus, ut unicam proponit, in qua nos etiam ſubſtitimus, cum *ad h. tit. n. 3.* tum *ad tit. de Acquir. poſſ. n. 6.*

5. Utra verior ſit opinio, è verbis *d. l. ult.* oportet colligatur; *Definimus*, ait Juſtinianus, *ut ſive ſervus, ſive Procurator, vel colonus, vel inquilinus, vel quiſpiam alius, per quem licentia eſt nobis, poſſidere corporaliter, nactam poſſeſſionem, cujuſcunque rei, dereliquerit, vel alii prodiderit, deſidiâ forte vel dolo, ut locus aperiatur alii, eandem poſſeſſionem detinere; nihil penitus domino præjudicii generetur, ne ex alienâ malignitate alienum damnum emergat.* Τὸ κρινόμενον hujus Quæſtionis vertitur in ſignificatione vocis, *prodiderit*, per quam Cujacius & Donellus negant intelligi traditionem. Sandius etiam proditionem fieri poſſe per traditionem, probat è Salluſtio; nec id dubium, non magis, quam quod

pro-

Digitized by Google

prodere ſæpe etiam nihil aliud, quam dolo amittere & derelinquere ſignificat, ut bis in *l. ult. pr. & fin. d. Cuſtod. & exhib. reor.* accipitur: Ambigua vox igitur in ſe, determinari debet è contextu. Pro Cujacio & Donello facit, quod τὸ *prodiderit* explicetur verbis ſequentibus, *deſidia forte vel dolo*, quæ verba traditioni, datâ operâ inſtitutæ non conveniunt, utique nec *deſidiâ*; item per ea quæ ſequuntur *ut locus aperiatur alii*; quæ in derelictionem fraudulentam optimè, non æque in traditionem conveniant. Pro communi ſententiâ facit, I. quod cum vox *prodiderit*, etiam traditionem contineat, hic in latiore ſenſu accipienda ſit, propter utilitatem publicam, cui hæc conſtitutio ſervit, ut perfidiæ rationes coarctentur. II. Derelictio ſuum habet vocabulum peculiare; à quo conſequenter τὸ *prodiderit*, diverſo ſenſu oportet, accipiatur. Hoc & ſi quid aliud occurrat, Lectoris judicio rem committet. Illud civile videtur, in dubio communem ac utiliorem præferre ſententiam, quæ eſt eadem, quam ſequuti ſumus ante hac & quam Sandius laudat.

Ulpianus Lib. XVIII. ad Sabin.

Si fundo fructuario ſervitus debeatur, Marcellus libro octavo, apud Julianum, Labeonis & Nervæ ſententiam probat, exiſtimantium, ſervitutem quidem eum vindicare non poſſe, verum uſumfructum vindicaturum; ac per hoc vicinum, ſi non patiatur eum ire & agere, teneri ei, quaſi non patiatur, uti frui l. 1. in pr. Si uſusfr. Pet.

1. Autumnus *ad h. l. in fine.* Sæpe in hoc ſunt *Juris-conſulti*, *ut non tam id quod dicerent ſenſiſſe, quam exercere ingenia, materiæ difficultate voluiſſe videantur.* Ut mirum non ſit, eos in diſceptatione meræ ſubtilitatis convenire non potuiſſe. Videlicet, Autumnus ille textus recenſet in hac ipsâ re contrarios: Cum hac lege tradit idem *l. 5. §. 1. verſ. nam et h. t.* quæ lex etiam eſt Ulpiani. Idem ex ſententia Juliani, contra ſcribit, ἐκ διαμέτρου, uſufructuario jus eſſe vindicandarum ſervitutum *in l. un. §. 5. d. Remiſſ.* De conciliatione horuum textuum, quæ res non eſt hujus inſtituti, diximus *in Prælect. ad h. t. n. 2.* quæ tamen in eo definere videtur, quod illa veterum diſputatio, quam Vultejus & Wiſſembachius noſter antinomiam reliquiſſe volunt in Pandectis, de lana caprina, quod ajunt, fuerit, cum res ſecundum utramque viſionem ſit eadem: Nam per vindicationem uſusfructus, revera fieri vindicationem ſervitutis. Quando quis enim fructuarium per agrum vicinum ire agere prohibet, hic uſumfructum vidicando idem conſequitur, ac ſi Servitutem vindicaret, adigitque vicinum, ut ire agere ſe patiatur, quod eſt vindicare ſervitutem, idque ita rotunde collocatur *in d. l. un. §. 4.* Proinde, ſi hæc unum idemque ſunt, cur tam varia loquuntur, cur ubi in re nihil eſt differentiæ, diſputandi materiam præferunt veteres & ad poſteros propagant, ut hi aliter quam antinomiam farendo expediri ſe non poſſe putent? Quid eſt tricas nectere & difficiles habere nugas, ſi hoc non eſt?

2. Dabimus operam, ut probemus, nullam eſſe reprehenſionis cauſam. Magna pars Artis Juridicæ eſt in Actionum doctrina & accurata diſtinctione, quas

 ſecun-

ſecundum principia Juris exacte diſcernere & ordinare, veteres imprimis debebant, ne *formula exciderent* Actores, hoc eſt, ne diverſam agendi formulam eligentes inſtantiam amitterent, domnoque litis, quâ de re alibi dictum, mulctarentur. Uſufructuarius impeditur ire agere per fundum vicinum, jure ſervitutis, prædio, cujus uſumfructum habet, competentis. Vult igitur agere Confeſſoria ſervitutis, hoc modo; *Ajo meo prædio competere jus eundi agendi per tuum fundum, & contendo, ut id mihi liceat, tuque ad eam patientiam condemneris.* Sed monent JurisCti, ſic eum agere non poſſe; ſoli domino, cui jus eſt acquirendi & vindicandi ſervitutem ſoli, ſic agere licere. Quomodo igitur fructuarius aget? Vindicabit uſumfr. ſibi jure ſuo competentem, hoc modo; *Ajo mihi eſſe jus utendi fruendi hoc prædio, & ſic etiam ſervitutem eundi agendi, quæ huic prædio competit, in tuum fundum libere exercendi. Quod cum à te mihi impediatur, uſumfructum meum turbas: idque ne facias ut condemneris, meque per tuum fundum ire agere ſinas rogo & contendo:* Hæ formulæ ad eundem effectum ducunt, neque tamen toto genere non differunt. Quin etſi his diebus formularum exactitudo tam rigide non ſervetur, hoc tamen diſcrimen in ipſa actionum natura principioque fundatum, in ipſo Foro nullo modo negligi, aut aliter habere ſe poſſe crediderim.

3. Quur igitur hoc ipſum non ſervant ubique diſcrimen Juris auctores, ſed aliter aliterque loquentes antinomiæ ſpeciem Interpretibus objiciunt? In toto Iure, cujus diſciplina popularis & ſimul erudita eſt, animadvertendum, aliter inſtituere Iuris-Conſultos, ubi ex profeſſo de aliqua re agunt; aliter, ubi tantum referunt, quod ad alios locos pertinet. In ſede cujuſque materiæ loquuntur ex Arte & accuratè, In alienis locis pinguius & rotundius. In hoc titulo agitur de Actione Confeſſoria, rectè à Fructuario inſtituenda; dant operam, ut modus agendi propriè & accurate exponatur. In *l. un.* §. 4. *ff. de Remiſſion.* non utuntur eadem accuratione, quoniam ibi non agitur de actione confeſſoria, ſed de operis novi nunciatione, quæ datur his, qui habent dominium, aut ſervitutem, ac utriusque vindicationem. Placet etiam fructuario dare nunciationem; quia poteſt vindicare ſervitutem; reipsa & in eventu; etſi formula vindicationis utatur, non ſervituti, ſed uſuifructui accommodata. Qua de re in hoc loco argutari, non erat neceſſitatis & ne uſus quidem. Hæc juncta iis quæ in *Prælect. ad h. t. n. 2.* traduntur, nihil ſcrupuli Cenſuræve ſupereſſe patiuntur.

Julianus Lib: xxxv. Digeſtor.

Fundus, detracto uſufructu, legatus eſt Titio, & ejuſdem fundi uſusfructus Sempronio, ſub conditione: Dixi interim cum proprietate uſumfructum eſſe; licet placeat, cum detracto uſufructu, fundus legatur, apud heredem uſumfr. eſſe, quia Paterf. cum detracto uſufr. fundum legat, & alii uſumfructum, ſub conditione, non hoc agit, ut apud heredem uſusfructus remaneat l. 4. Si Uſusfr. Pet.

1. Quod dicit hic Iulianus, id non probat Autumnus, Vir, qui injuriam ſibi fieri putat *ab invidis, quod anteponunt ſuis ſcripta ab aliis*, ut loquitur ad *l. 29. Quib. mod. Uſusfr. amitt.* Naturalis ratio, *inquit*, auctoritate Iuliani mutari non

poteſt

poteſt. Ex propoſita ſpecie apparet, Teſtatorem ſcjunxiſſe à proprietate uſumfructum: Qui fieri poteſt igitur, ut Uſusfructus interim ſit cum proprietate, contra voluntatem Teſtatoris? Hactenus Ille. Diſerte contra quam Iulianus, qui negat, Teſtatorem id egiſſe, quod adſerit Autumnus. Hic autem ſi non patitur, auctoritatem Iuliani Iuſtiniano laudatam, à nobis ſuæ præterri, utriusque rationem conſideremus. Autumnus ait ita; Teſtator duas facit diſpoſitiones, unam de proprietate fundi, quem reliquit Titio, alteram de Uſufructu, quem legavit Sempronio; ſi Conſul fieret. Ubi interim, pendente conditione, id eſt, antequam Conſul fieret, Uſusfructus foret, non dixit quidem; Sed intelligendum reliquit, inde; quod apud heredem maneat, quicquid *ab eo* non legavit, hoc eſt, alii præſtare non juſſit. Uſumfructum ante conditionem exiſtentem, ab herede non alienavit, nec ulli legavit. Ergo is interim eſt apud heredem: Legatum eſt *delibatio hereditatis, quâ Teſtator ex eo, quod univerſum heredis foret, alicui quid collatum velit. l. 116. in pr. d. Legat.* 1. Quicquid igitur nulli collatum, quicquid de hereditate non eſt delibatum, id heredis eſt, ac apud heredem manet. Atqui ſic eſt in Uſufructu ſub conditione legato, antequam exiſtat conditio. Ita pro Autumno, qui ſuam collectionem vocat naturalem.

2. Audiamus viciſſim pro Juliano. Fatetur ille, quando Teſtator fundum alicui, detracto uſufructù, legavit, uſumfructum manere apud heredem, vi regulæ ſupra eductæ ex *l.* 116. *pr. d. leg.* 1. & expreſſæ voluntatis defuncti. Sed cum detracto uſufructu, fundum alii legat, & uſumfructum ſub conditione Tertio, tum integrum fundum, id eſt, tam proprietatem quam uſumfructum ab herede alienat. Uſusfructus eſt naturaliter illic, ubi fundus eſt, niſi diſerte ab eo ſeparetur. Si conditio uſusfructus deficiat, erit apud legatarium, cui fundus eſt legatus, ut nemo negat. Quamdiu non exiſtit conditio, perinde eſt tantiſper, ac ſi defeciſſet, ultroque uſusfructus ſitum novit Teſtator, cujus ideo voluntati id eſt conſentaneum, ut, qui fundum habet deducto uſufructu, qui ſub conditione legatus eſt illum interim habeat. Neque hoc ſubtilitati Artis eſt imputandum; ex evidenti rerum natura, quâ ſic comparatum eſt, ut fructus naturaliter eſſe velit & debeat eſſe illic, ubi fundus eſt corporaliter. Ideoque Julianus eam rationem, ex naturali conſtitutione rerum à Teſtatore ſervatam ſecutus, non dicendus eſt mutaſſe rationem, ut Autumnus ait, naturalem.

3. Sed Autumnus Ulpianum ſecus ſentire ſcribit, in *l.* 16. *Quib. mod. Uſusfr. amitt.* Ubi, Si ſub conditione mihi legatus ſit uſusfructus, medioque tempore ſit penes heredem, poteſt heres uſumfructum alii legare. Tam valide, argumentatur Autumnus, eſt penes heredem uſusfructus ſub conditione relictus, ut interim alii quoque legari poſſit. At hoc ne Iulianum quidem negaturum exiſtimo; ſi fundus non fuerit legatus Tertio, quâ in re totum hujus rei momentum conſiſtit; quemadmodum nihil ejuſmodi in *in d. l.* 16. Eadem reſponſio eſt ad regulam Iuris, quam prædicat; Res quæ ſub conditione legatæ ſunt, interim heredis eſſe, deficiente vero conditione, ad eos pertinere, quibus relictæ ſunt. Id enim ultro etiam hac in re conceſſimus, Uſumfructum ſub conditione legatum, eâ pendente, penes heredem eſſe, quando fundus ipſe, à quo Uſusfructus ille ſeparatus

eſt,

Digitized by Google

eſt, Titio non fuit legatus. Eſt ignoratio elenchi, quam vocant in ſcholis, Autumno haudquaquam inſolens.

Juſtinianus Auguſtus.

Minus autem juris eſt in uſu quam in Uſufructu: Nam is qui fundi nudum habet uſum, nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, fœno, ſtramentis & lignis ad uſum quotidianum utatur. §. 4. *Inſt. de Uſu & Habit.*

1. Falſum eſſe quod Juſtinianus refert & antiquatum ac improbatum, pro vero & juſto & obſervando tradere, conſtat ex *l.* 12. §. 1. *d. Uſu & Habit.* ubi hæc quidem Nervæ ſententia, quam refert Juſtinianus, habetur; Sed prævaluiſſe Caſſii, Sabini, Labeonis & Proculi ſententiam teſtatur ibi Ulpianus, qui uſuarium, etiam de cæteris rebus, quæ in fundo naſcuntur, ſumere poſſe ſtatuerunt. Qua in re male imbui Auditores Inſtitutionum & contra quam Cæſar in Proœm. Inſt. promiſit, objiciunt illi Cenſores. Quid ergo? An Iuſtinianum hic improbatam Nervæ ſententiam renovaſſe & confirmaſſe dicemus? Non videtur. Sed fateamur quod res eſt, non plene deſcriptum eſſe locum Ulpiani *ex lib.* XVII. *ad Sabinum*, unde ſupplendus eſt hic verſus; quemadmodum ipſe Iuſtinianus ſæpe nos ad latiores Pandectarum libros ablegat. Eſt peccatum omiſſionis, non commiſſionis, cujusmodi quis non aliquando committit? ut adeo cenſorio non opus ſit adducto ſupercilio; etſi nihil eſſe non excuſandum negare non eſt integrum.

Idem Auguſtus.

Sed & ſi pecorum vel Ovium uſus legatus ſit, neque lacte, neque agnis, neque lana utetur Uſuarius, quia ea in fructu ſunt. Plane, ad ſtercorandum agrum ſuum, pecoribus uti poteſt §. 4. *Inſt. de Uſu & Habit.*

Bis in eodem luto; eſt deforme. Locus hic etiam eſt deſcriptus è *d. l.* 12. §. 2. *h. t.* ubi adjectum eſt: *Hoc amplius, etiam modico lacte utendum* Puto: *neque enim tam ſtrictè interpretandæ ſunt voluntates defunctorum.* Adde, tam putide; ut nihil quam *ſtercus* uſuario relictum voluerit Teſtator: Eſt eadem reſponſio quæ fuit *ſuperius ad* §. 1. *h. t.* Cæterum, τὸ *Vel in pr. h.* §. non eſt alternativum, ſed exegeticum; pro, *verbi gratia*, οἷον Theophilus; *putà* Ulpianus *d. l.* 12. §. 2. Nec opus eſſe videtur, ut lectionem mutemus, aut pro vel, emendemus, *veluti*. Si quis ita malit, à re ipſa non aberrat.

GajusLib.2.de liberali cauſa, Edicti Urbanici.

Fructus hominis in operis conſiſtit, & retro in fructu hominis operæ ſunt l. 4. *in pr. d. Operis ſervor.*

Tern-

Terentius Clemens Lib. XVIII. ad Leg. Juliam & Papiam.

Operis ſervi legatis, Uſum datum intelligi, & ego didici, & Julianus exiſtimat. l. 5. eod.

1. Contradictio in adjecto, quam vocant in Scholâ. Duo textus juxta ſe poſiti, Fructum & Uſum, quæ ſunt oppoſitæ ſpecies, ſimul de Operis ſervorum prædicant. Quod nimis eſt deforme, quam ut hic omittendum ſit, etſi antinomias alioquin, ut ſæpe diximus, non facimus noſtras. Sunt, qui ad hanc contradictionem tollendam, in *l.* 3. pro *Uſum* legunt *uſumfructum*, Govean. 1. *lect.* 7. Becmann. *ad h. t.* Alii inter Fructum & Uſumfructum diſtinguunt, nec operas eſſe plenum Uſumfructum, ſed ejus partem volunt, Buſius ad *h. t.* Sed in *l.* 3. habetur, operas eſſe in uſufructu, eaſque res promiſcue accipi paſſim liquet. *l.* 14. *§.* 1. *de Uſu & Habit.* Nos è collatione *l.* 1. *§.* 9. *ad L. Falcid.* ubi ſcriptum eſt, operas nec uſum eſſe nec uſumfructum, accurate loquendo, illas eſſe jus medium inter uſum & uſumfructum putavimus; plus enim continent, quam Uſus, quia non ad ſolam neceſſitatem, ſed ad emolumentum etiam comparatæ ſunt: Minus verò quam uſusfructus ſunt, quia non omne emolumentum è ſervo, ſed tantum ex operis præſtant. Sic, cum proprie ſint neutrum jus, improprie ſunt utrumvis, quia non viſum eſt, tertiam inde ſervitutem conſtituere perſonalem. Diximus in *Prælect. ad Inſt. de Uſu & Habit. n.* 4.

Paulus Lib. XVII. ad Sabin.

Si habitatio legetur, an perinde ſit, atque ſi Uſus, quæritur, & effectu quidem idem pene eſſe legatum Uſus & Habitationis & Papinianus conſenſit lib. XVIII. Quæſtion. Denique, donare non poterit, ſed eas perſonas recipiet, quas & Uſuarius. Ad hæredem tamen nec ipſa tranſit: nec non utendo amittitur, nec capitis diminutione l. 10. in pr. d. Uſu & Habit.

1. Hic inanes Juris Romani ſubtilitates non arguere Autumnum, Groenewegium, alioſque Cenſores mirari liceat. In Fori periſtyliis, vel ad columnam conſultoriam, ut Mornacius loquitur, illud diſcrimen habitationis vel uſusfructus & Uſus ædium, hodie quidem in tritura uſuque rerum animadvertere non licet; quemadmodum & ipſo jure civili, vix aliud quam in ſubtilitate diſcrimen, quod hic commemoratur, remanſit, ac oritur inde, quod habitatio quaſi in facto conſiſtit, quod eſſe imaginarium quis non videt? *l. pen. in fin. d. Cap. Minut.* Quin & uſus ædium ab Uſufructu differentia tam in arctum redacta eſt, ut nihil aliud ſuperſit, quam quod uſuarius aliquam ædium particulam incolere debeat, ſi Locare velit domum, *l.* 2. *§. ult. h. t.* Imo prorſus inter Uſumfructum & Uſum quis hodie diſcrimen obſervat? Mihi nullum ſane vel experiundo, vel ſando alieno, unquam oblatum eſt exemplum. Quid ita, num quid hac de re Statutis Gentium aut moribus innovatum? Nec id uſquam audire, legere mihi contigit. Res in iiſdem terminis,

minis, qui Romano jure fixi ſunt, comprehenditur; Sed non habet civilem in rerum experientiâ, facultatem. Quid enim, ſi cui Patri familias in mentem veniat, uni Fructum vel Habitationem ædium, alteri uſum legare? Quomodo inter ſe convenirent de modo neceſſitatis, quinam inter illam & emolumentum forent limites? Credo, judex aditus ab Uſufructuario: cum querela, quod Uſuarius, non *ut oportet*, *utatur*; Uſuario injunget; *utatur*, *ut debet*, id eſt, ad capras ſylveſtres mitteret, quemadmodum talis ſententia profertur in *l.* 22. §. *ult. h. t.* de quâ tamen *infra* videbimus. Non poſſet fieri, quin & exceſſus quotidiani colliſionem adferrent infinitam, aut in pecuniariam tranſactionem, Servitute Uſus abolita, deſituram.

2. Hæc eſt objectio, cujus factum, de quo jam diximus, ad *fin. tit. Inſt. de Uſu & Habit.* negari non poteſt. Sed Juri Romano imputari non debet, quod homines jura parum ſibi utilia receperint. Si apud veteres Uſus & Habitatio non habuiſſent diſtinctam ab Uſufructu conformationem, Conditores Artis illam æque præteriiſſent, ac his diebus ignorantur: Etſi quominus Paterfamilias ejusmodi jus, ſi quidem Uſufructu, ut ſit, contentus non ſit, inſtituere poſſit, nihil adhucdum obſtat; Quanquam in uſu minus commodum & expeditum foret limitare, diſcrimen uſus ab uſufructu.

3. Poſtremo, voculam TAMEN *in fine hujus loci ſupra ſcripti*, trajiciendam eſſe, ut legatur hoc modo; *Ad heredem nec ipſa tranſit. Nec tamen cap. dim. &c.* acute animadvertit & monuit *Gerardus Noodt* Vir Cl. *lib.* 3. *Probabil. c.* 7.

Ulpianus Lib. XVII. ad Sabin.

Uſusfructus, an Fructus legetur, nihil intereſt: nam fructui & Uſus ineſt: Uſui fructus deeſt. Et fructus quidem ſine uſu eſſe non poteſt: Uſus ſine fructu poteſt. Denique, ſi tibi fructus, deducto uſu, legatus ſit, inutile eſſe Legatum, Pomponius lib. 5. *ad Sabinum ſcribit. Etſi forte uſufructu legato, fructus adimatur, totum videri ademptum, ſcribit. Sed ſi fructus ſine Uſu, videri conſtitutum, qui ab initio conſtitui poteſt. Sed ſi fructu legato, Uſus adimatur, Ariſto ſcribit, nullam eſſe ademptionem, quæ ſententia benignior eſt l.* 14. §. 1. *d. Uſu & Habit.*

Eâdem Lege §. ult.

Poterit autem apud alium eſſe Uſus, apud alium Fructus ſine Uſu; apud alium proprietas &c.

1. In his locis ex eadem lege deſumptis, non minor apparet contradictio, quam inter *l.* 4. & 5. *d. Oper.* Primò enim ſic *in* §. 1. ſitum eſt; Fructus ſine uſu eſſe non poteſt, In §. *ult.* Fructus penes unum, Uſus apud alterum eſſe poteſt. Idem Ulpianus in *l.* 5. §. 1. *Quemadm. Uſufructuar. caveat*, diſerte, Fructum ſine uſu exiſtere poſſe ſcribit. De quibus locis Budæus ad *l. ult. d. Ædil. Ed. Non video*,

deo, inquit, *hæc dicta quomodo diſſidere non poſſint: Et quo magis mireris; Ulpianus utrobique loquitur.* Quod meritò mirum videatur, præſertim in eodem libro; nam etiam lex v. eſt è libro 79. *ad Edictum*, maxime vero mirum eſt inquam, in una eademque lege, talem extare contradictionem. Sed facilior eſt Budæus in digreſſionibus ad Leges humanioribus, quam in nodis mere legalibus ſolvendis. Hæc res ita ſe habet; Uſusfructus naturaliter in ſe continet uſum. Ideoque ſimpliciter conſtitutus, ſine Uſu intelligi non poteſt; cum qui plus habet, quod minus eſt, per ſe habet. Verum ſi Dominus omnino velit uni concedere uſum ad neceſſitatem, alteri Fructum ad reliquum emolumentum, nihil inpedimento eſt. Dabo ſimile. Qui habet Actum, etiam habet Iter, ut minus ineſt majori, nec Actus ſimpliciter conſtitutus ſine Itinere eſſe poteſt *pr. l. de Servit.* Quod ſi diſerte Actus ita conſtituatur, ne Iter illi inſit, poteſt ab eo ſeparari *l. 4 §. 1. Si Servit. Vind.*

2. Secundum hæc dicendum eſſet, Uſumfructum etiam ſine uſu, vel deducto uſu legari poſſe. Verùm hac in re mire perplexatur & ſibi contradicere videtur Ulpianus. Nam, *ſi tibi fructus, deducto uſu, legatus ſit, inutile eſſe legatum* ſcribit è Pomponio. Cur ita? Quando Teſtator uni legat Uſum, alteri fructum, tertio proprietatem; ut in §. *ult. h.* nonne tunc apud Secundum eſt Fructus ſine uſu, & deducto Uſufructu penes primum ſolus Uſus? Quid autem hoc? *Sed ſi fructus ſine uſu; videri conſtitutum, qui & ab initio conſtitui poteſt.* Quid refert *ſine uſu*, an *deducto uſu*, fructus legetur, ut priore caſu valeat, poſteriore non valeat legatum? Gotofredus verba *ſine uſu* ita accipit, *nullâ mentione uſus factâ*; contra literam & contextum & exemplum prius in eodem textu, ubi *fructus ſine uſu*, eſt idem quod ſeparatus ab Uſu: præter quod inter tot argutias ille ſenſus inepte eſſet indubitatus. Baſilici totam hanc periodum, *ſi tibi fructus, deducto uſu, legatus ſit, inutile eſſe legatum*, Item hanc; *Sed ſi fructus ſine uſu, videri conſtitutum, qui & ab initio conſtitui poteſt*, omittunt. Imitati Interpretes Veterum recentiores maxime Gallos, qui antiquos auctores in vernaculum ſuum transferentes quæ non intelligunt aut minus probant, ea prætervehuntur. Nec foret non facilior hoc modo ſenſus. Græci videntur etiam, per Fructum & uſum non intelligere diſtinctas ſervitutes, sed Fructum, materiam, & per uſum intelligunt exercitium uſusfructus; quemadmodum Interpres Græcus, τῶν καρπῶν νομιμὴν, *collectionem fructuum.* Sed hæc interpretatio, præter quod eſt contra Rubricam & totius *Nigri* uſum, non ſolvit etiam ænigmata textûs, ut liquet recenſenti.

3. Videamus, an Ulpianum Florentinæ lectionis ſibi & rei naturæ congruentem exhibere poſſimus. Ait Ulpianus, *Uſusfructus, an fructus legetur, nihil intereſt: nam fructui & Uſus ineſt.* Uſusfructus naturaliter comprehendit Uſum, ut numerus Quinus Binum, Binus ineſt quino. Porro; *Uſui fructus deeſt.* Si paterfamilias ab initio uſum nudum, id eſt, ad neceſſitatem conſtituit, deerit ei fructus, ſive, emoluementum: *Et, Fructus quidem ſine uſu eſſe non poteſt*, ſimpliciter conſtitutus ſcilicet. *Uſus ſine fructu poteſt:* Quando Teſtator expreſſe uni legat uſum nudum. *Denique, ſi tibi fructus, deducto uſu, legatus ſit, inutile eſſe legatum*; quia tale ſcilicet, *deducto uſu:* quia, ſi uſusfructus legetur, nec uſus

alteri,

Digitized by Google

alteri, Fructus neceſſario continet Uſum, ac ita legatum deducto uſufr. hactenus irritum eſt. Quod hæc verba, *inutile eſſe legatum*, non de legato uſusfructus in concreto, ſed de adjectione, *deducto uſufr.* accipienda ſint, patet etiam è ſequentibus. *Et ſi forte uſufructu legato, fructus adimatur, totum videri ademptum.* Prius *non totum* erat inutile; hic vero totum inutile fit legatum, quia fructu adempto, uſusfructus ademptus eſt; nec enim differunt, ut jam poſuerar. Sequitur, *Sed ſi fructus ſine uſu, videri conſtitutum, qui & ab initio conſtitui poteſt.* Si abeſſe vel mutari non poteſt hoc colon, ſenſus erit hic opinor; Fructum alicui ſine uſu legatum, perinde eſſe, ac ſi relictus eſſet, *deducto uſu*, quod *ita* non valere dixerat, ſalvo Fructus legato perinde ac ſi uſus non eſſet deductus; ac ita ſe habere, quemadmodum Fructus ſimpliciter ab initio conſtituitur. Unde, ſi quid mutandum eſſet, ita legerem; *Sed ſi fructus ſine uſu, FRUCTUM* (non uſum, ut Faber) *videri conſtitutum.* Sed non opus eſt criſi, cum proxime præcedens *fructus* ultro intelligatur. Hinc etiam ultro patet ſenſus ultimorum verborum, alioqui non minus perplexus. *Sed ſi fructu legato, uſus adimatur, Ariſto ſcribit, nullam eſſe ademptionem.* Eſt eadem objectio. Cur, ſi Uſus ſeorſim à Fructu legari queat, idem adimi non poſſit de fructu? Poteſt equidem Teſtatori id agere, ſi velit, ut uni Fructum, alteri uſum, diverſis perſonis leget. Sed fructus ſimpliciter uni relictus, neceſſario continet uſum, inquam. Si enim Uſus deducatur, vel Fructus ſine uſu relinquatur, aut Uſus adimatur de Fructu, qui tamen alteri non eſt relictus, quid de illo fiet? Ut penes proprietarium ſit nudus uſus ſine Fructu, non habet facultatem; ideoque Teſtator implicat ſe, uſum adimendo vel deducendo de fructu, nec tamen illum Uſum certæ perſonæ ſeorſim relinquendo. Res ita à natura negotii, verbis licet abſque civili ſenſu reluctantibus, in irritum cederet, quod fieri non debere docet. Hæc velim addantur iis, quæ in *part.* 2. *Digreſſ. lib* 2. *c.* 16. ad hunc ipſum locum & difficultates inde reſultantes, collocavimus.

Pomponius Lib. v. ad Quint. Mucium.

Divus Hadrianus, cum quibuſdam uſus ſylvæ legatus eſſet, ſtatuit, fructum quoque eis legatum videri, quia, niſi liceret legatariis cædere Sylvam, & vendere, quemadmodum Uſufructuariis licet, nihil habituri eſſent ex eo legato l. 22. in pr. d. Uſu & Habit.

1. Uſusfructus & uſus ita ſunt diſtinctæ Servitutum ſpecies, ut tamen, ſicut in materia *contingentium* rerum accidit, in iiſdem rebus coincidere poſſint, quemadmodum de pecunia rebuſque aliis in abuſu conſiſtentibus proditum eſt in *l.* 10. § 1. *d. Uſufr. ear. rer. quæ uſu conſum.* Illis enim rebus uti non poſſumus, quin iiſdem abutamur, & tantundem vel æſtimationem reddamus, quod, ſive Uſus, ſive Uſusfructus relinquatur, eodem modo ſe habet, nec aliter eſſe poteſt. In ſylva cur idem dicendum, quod hic Hadrianus ſtatuiſſe dicitur, ratio non apparet: imò rei natura ſecus indicare videtur, idque ex iis eſſe, quæ minus cum ratione conveniant in Jure noſtro, viſum eſt non paucis. Et eſt difficilioris quam ple-

raque

raque Autumniana & Groenewegiana, explicationis. Nam uſus eſt ad neceſſitatem Patrisfamilias, Fructus ad reliquum emolumentum; quid vetat in ſylva diſcrimen hoc ſervari? ut is qui uſum habet, inde quantum ſibi opus eſt cædat; qui uſumfructum habet, is etiam vendat, quod ipſe conſumere non poteſt? Ajunt Interpretates, ita viſum eſſe, propter exilem ſylvæ utilitatem, ſi vendere non liceat Uſuario, quod caſum eſt: hoc etiam eſt in textu. Verum ſi uſus fundi olim nihil tribuerit uſuario, quàm ut oleribus, pomis, floribus, fœno, ſtramentis & lignis ad uſum quotidianum uteretur, §. 3. *l. de Uſu & Habit.* etſi id poſtea ampliatum eſt; imo ſi uſus pecudum nihil quam ſtercus, nihil de lacte, de lanâ de fœtibus ei tribuerit §. 4. *eod. tit.* ſi hæc olim de uſu non viſa ſunt aliena ab uſu, non poteſt adeo in ſylva contemtibile videri, quod Paterfamilias ad uſum foci & domus ſuæ toto anno ligna gratis cædere poſſit.

2. Dicendum igitur, hic non tradi doctrinam de ſylvis generalem; ſed hypotheſi, de qua reſcripſit Hadrianus, peculiarem, quemadmodum Imperatorum reſcripta, fere ad ſingulares factorum ſpecies edita fuiſſe conſtat. Quoties igitur verum eſt, Uſuarium, ſi ligna vendere nequeat, inde nihil aut parumper habiturum eſſe, toties Uſu legato, Uſumfructum videri legatum intelligemus. Quod Accurſius non male de ſylva ab habitatione Uſuarii procul ſita, exempli gratiâ, expoſuit. Si vero neceſſitas Uſuarii & emolumentum majus in ſylva cædua diſcerni poſſit, quamobrem Uſus ab Uſufructu non ſit diſtinguendus, nihil proferri poſſe videtur.

Pomponius Lib. v. ad Mucium.

Uſu legato, ſi plus uſus ſit legatarius, quàm oportet, officio judicis, qui judicat, quemadmodum utatur, quid continetur? Ne aliter quam debet, utatur. d. l. 22. §. ult. d. Uſu & Habit.

4. D. Antonius Matthæus in *diſp. fund.* 9. cujus inſcripto eſt; *Juris Conſulti ſæpe otioſas & inertes rationes, quæque idem bis inculcant, ſuarum deciſionum reddunt* eò non retulit hunc locum, inter alia multa, quæ hanc notem minime merebantur. Atqui hac ratione quid ineptius; Quæritur, quid judex ſtatuere debeat adverſus Uſuarium, qui aliter, quam oportet, utitur? Reſpondet Pomponius: Judex ita judicabit; Ne uſuarius *aliter quàm debet, utatur.* Nonne tantundem hoc eſt, ac olim Claudius, de lite ſententiam rogatus, apud Suetonium reſpondit, ſecundum eos ſentire ſe, qui vera dixiſſent? Quid etiam ex hac ſententia, ne aliter Uſuarius quam *debet*, utatur, plus habet Actor, quam fuerat id de quo conqueſtus erat, uſuarium, non ut *oportet*, uti? Difficile dictu eſt, JurisConſultos, qui verborum ſignificatione pro juris argumento callidiſſime uſi ſunt, tam ridicule ineptiiſſe. Facit hæc res, ut ita ſtatuamus; Non eſſe ejuſdem ſenſus hasce formulas, *ut oportet*, atque, *ut debet.* OPORTET ſignificat, id quod æquum & bonum eſt. Ita Ulpianus in *l.* 71. §. 2. *d. Legat.* 1. *Ex bono & æquo ſervari oportebit.* Iniquum eſt, nec *oportet* in *l.* 39. § *ult. d. Oper. libert.* Sed DEBET magis ſumitur, pro, neceſſe habet. Ita Ulpianus; Qua quiſque actione agere volet,

 eandem

Digitized by Google

eandem edere *debet l. 1. in pr. de Edend.* id eſt, cogitur, neceſſe habet *l. 4. §. 2. eod.* Apud eundem Ulpianum, *debet & neceſſe* habet, promiſcuè ſumuntur in *l. un. D. Apud eum, à quo appell.* Nec omninò eſt dubium, opinor, quin *debet*, rectè, per *neceſſe habet*, explicetur. Jam compara ſis quæſtionem & reſponſionem; Proprietarius queritur, uſuarium, non ut oportet, uti. Judex officium imploratus, injungit uſuario, ne aliter, quam *debet*, utatur, hoc eſt, quam *neceſſe habet*, ſive, ne plus ſumat, quam præciſe ipſi ad *neceſſitatem* opus ſit; quod eſt rem redigere ad naturam ſuam & definitionem Uſus quæ eſt hæc, jus utendi rebus alienis *ad neceſſitatem* non ad emolumentem, ut ad *tit. I. de Uſu* traditum eſt. Denique, nihil aliud poteſt Judex, quam hoc determinare, pro perſona, conditione familiaque uſuarii, quantum ad uſum ejus neceſſarium civiliter acceptum requiratur tantum ei, nec amplius ſit jus percipiendi Ipſe uſus eſt ſuo arbitratu liberalius; Judex eum reſtringit, ad id quod *debet* habere, quo vivat, non quo delicietur. Voces, *oportet & debet*, ita ſemper diſtingui ut hic à nobis accipiuntur, non dixerim; ſatis eſt, ita poſſe & ſolere diſtingui, ut in dubio recipiamus eam quæ vitio caret interpretationem.

Ulpianus Lib. LXXIX. ad Edict.

Et, ſi habitatio, vel operæ hominis, vel cujus alterius animalis relictæ fuerint, ſtipulatio locum habebit, licet per omnia hæc uſumfructum non imitentur. l. 5. §. ult. Uſufruct. quemadm. cav.

1. Paulo ſuperius habuimus locum Ulpiani à Viro Cl. levi & felici manu emendatum, in *l. 10. pr. d. Uſ. & Habit.* Non fert etiam exactiſſimi Vir Judicii lectionem hujus loci; Cujus ſententiam aliter conſtare non putat, quam ſi ultima verba legantur, hoc modo; *Licet per omnia hæc uſum fructumve non imitantur, in lib. 3. Probab. cap.* 8. Sed vix eſt, ut ejuſmodi, qualis in priore loco, neceſſitas hunc locum urgere videatur, quò Lectionem Florentinam omniumque editionum mutemus. Verum eſt, habitationem operaſque melius cum uſu vel fructu, quam cum uſufructu ſolo comparari. Verum hic, niſi me fallit opinio, non agitur de univerſâ comparatione Habitationis & Operarum, cum Uſufructu vel cum Uſu Fructuve; Sed occupatur objectio, contra id, quod in operis & habitatione locum etiam habeat Cautio uſufructuaria; cum tamen Habitatio & operæ in omnibus cum Uſufructu non conveniant. Cautio ſeu Stipulatio ob Uſumfructum eſt introducta ac inde nomen habet. Producitur autem ad alias Servitutes ob utilitatem, etſi non in omnibus cum uſufructu convenientes. Explicatur res ita; In operis & Habitatione locum habet Cautio uſufructuaria. Opponitur: Hbitatio & Operæ in omnibus cum uſufructu non conveniunt. Ergo nec in ſtipulatione, ſive cautione Uſufructuaria. Negat hanc connexionem Ulpianus. Licet in omnibus cum uſufructu non conveniant; tamen Stipulatio uſufructuaria ad illas etiam extenditur. Ita nihil merito in Lectione receptâ deſideres.

Digitized by Google

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM VIII.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Papinianus Lib. VII. Quæſtion.

SErvitutes ipſo quidem jure, neque ex tempore; neque ad tempus, neque ſub conditione, neque ad certam conditionem; verbi gratiâ, quamdiu volam, conſtitui poſſunt. Sed tamen, ſi hæc adjiciantur, Pacti vel per doli exceptionem occurretur, contra placita Servitutem vindicanti l. 4. d. Servitut.

1. Quorſum hæ ambages & difficiles nugæ, ut quod res & æquitas dictat aliter, adhuc tamen juris eſſe negetur, etſi re verâ ſecus obtineat? Servitutes ſub conditione, vel ex tempore conſtitutas, aliter quam inter partes convenit, exercere non licet, verum doli exceptione qui tempus aut conditionem non ſervat, ad ſervandum compellitur: Et tamen regula Juris Servitutes ſub conditione, vel ex certo tempore & ad certum tempus non poſſe conſtitui, dictat *h. l.* 4. cur aliud Uſus Juris, aliud Regula Juris dictat, cum uſus ſecundum regulas, praxis ad Theoriam conformari debeat? Hoccene diſciplinæ, gravitatem publicæque utilitatis rationem adſeveranti conveniat? Statuere Jus quod iniquum fatearis, & unâ manu conſignare regulas æquitati adverſas, alteraque eaſdem inducere & improbare? Satisfaciendum eſt objectioni tralatitiæ & latè patenti, cujus exempla toto jure diffuſa ſunt. Nec enim hoc loco ſolo fit, ut quod directè valet, aut non valet, per exceptionem à Juris auctoribus ipſis ſuppeditatam in contrarium vertatur. Creberrimum id ubique Juris, & dignum animadverſione quod explicetur eſt, & hic fere primum ſe offert.

2. Jus Romanum ita fere conditum eſt, ut Reſpublica Romana. Poſt Reges expulſos, nulla certa Reipubl. forma inde ab initio conſtituta fuit; ſucceſſu temporis.

poris, non ſine juſtis motibus & mutationibus elaborata eſt. Eodem modo Ars legum primo nulla fuit, ut *ad tit. de O. J.* vidimus; dein lex XII. tabularum, paucas & pro temporum inſtituto, rigidiores edidit regulas, quæ uſu rerum ex mutatione temporum hominumque, tam per Prætores, quam per Juris-Conſultos, ſuppletæ ac emendatæ ſunt. Liberi, exempli gratia, heredes Parentum inviti per Legem XII. conſtitui, à Prætore beneficium abſtinendi acceperunt §. *Sui autem* 2. *Inſt. de Hered. qualit. & diff. Aliud*; Obligatio ad tempus conſtitui non poterat; Juris-conſulti ut per exceptionem id liceret, effecerunt, ac ita legem interpretati ſunt aut flexerunt §. *At ſi* 3. *Inſt. d. Verb. Obl.* Id genus alia paſſim occurrentia, longum ſit hic recenſere. Prætores tamen & JurisConſulti Jus à legibus conſtitutum, vel Legis actiones, quæ olim formulas ſuas acceperant, inflectere potuerunt, mutare non potuerunt. Ideo liberi adhuc heredes Patrum ſuorum, in quorum poteſtate ſunt, inviti eſſe dicuntur; & rurſus non coguntur heredes fieri, per jus Prætorium. Obligationem ad tempus non poſſe contrahi, adhuc eſt regula Juris *d.* §. 3. Neque tamen ultra tempus adjectum, cum effectu quenquam obligari idem locus dictat. Eunomiæ ſufficit, quod Æquitati in re ipſa & eventu, ſatisfit, neque poſtulat, ut diverſorum jurium fontes & progreſſuum cauſæ deleantur ex Artis memoriâ. Sua vetuſtati reverentia conſtare debet, nec inutile eſt ſcire, quid olim placuerit, quid poſteritas ferendum non putaverit; modo quod noviſſime ſedit Legibus, bonum & rectum ſit. Quemadmodum, ſi durum ſit, ad tempus vel ſub conditione Servitutes conſtitutas diutius exerceri, quam convenerat, id per exceptionem ad placiti metas redigi, ſufficit hoc, inquam, Eunomiæ; Ut, quanquam Actio ad ſervitutem vindicandam, contra quam placuit, datur, Exceptio tamen ſuccurrat, ſi quidem nihil intereſt, actionem quis non habeat, an per exceptionem elidatur *l.* 112. *d. R. I.* Nec tamen ita putandum eſt, hanc inanem eſſe ſubtilitatem, ut idem per omnia ſit effectus, utrum Servitus ipſo jure non valeat, an per exceptionem elidatur. Nam exceptio non datur, niſi ei, qui pactus eſt ejusve heredi, non tertio poſſeſſori; Servitus autem jure conſtituta Tertio & cuilibet poſſeſſori prodeſt. Tantum igitur & amplius intereſt, quantum inter jus ſervitutis & Obligationis, de quo notabili diſcrimine diximus ad *Tit. π. Commun. Præd.*

3. Sed eſt adhuc alia quædam Cenſuræ ſpecies in hunc textum; quod hæc regula de Servitute ſub conditione & ex tempore non conſtituenda, facultatem uſumque non habeat civilem, ſive de primo ſive de ſecundo actu conſtituendi ſervitutem agamus. Nam actus primos, qui ſtipulando & promittendo, vel per Teſtamentum fiunt, temporis & conditionis adjectionem recipere, quemadmodum omnia, quæ legantur & promittuntur, non eſt dubium. Actus autem ſecundos & proximos acquirendi, veluti Patientiam uſus & præſcriptionem non capere terminos habiles hujus quæſtionis; quia pati ut actus Servitutis inſtituatur, cumque longi temporis uſu acquirere, nullo ſenſu, ſub conditione vel ex certo tempore fieri poteſt. Diximus hæc de re in *Poſit. & Prælect. ad h. t. ſub fin.* in eoque deſiimus, Prohibitionis hujus uſum conſiſtere videri in Ceſſione Servitutis in Jure, quæ olim fiebat; & quæ Actus legitimus cum eſſet, non recipiebat diem vel conditionem *l.* 77. *d. R. I.* In adjectione verò, quæ fit ad certum

tempus,

tempus, vel uſque ad certam conditionem, eadem ratio eſſe videtur, quæ in Obligatione, quam ad certum uſque tempus ipſo jure contrahi non poſſe, jam diximus, ex arbitraria Juris antiqui conſtitutione, quæ à Juris-Conſultis per remedium exceptionis ad ſimplicitatem Juris Gentium, & Æquitatem reducta eſt. Atque hoc modo hic textus ab omni cenſura liberatur.

Paulus Lib. 25. ad Plautium.

Ut pomum decerpere liceat, & ut Spatiari, & ut Cœnare in alieno poſſimus, ſervitus imponi non poteſt. L. 8. in pr. d. Servit.

1. Si Servitus eſt jus alienæ rei impoſitum, quo dominus in gratiam alterius aliquid pati in ſuo vel non facere cogitur, ut eſt definitio; quid vetat, ejuſmodi jus in fundo alieno acquirere, quo ſpatiari, cœnare, pomum decerpere liceat, æque ac ire, agere, aquam ducere, proſpectum habere & id genus alia, quæ ſervitutibus continentur? Nam quod dicitur *hujus L. argumento*, non licere Servitutem conſtituere, voluptatis, ſed tantum utilitatis causâ; ſi hoc verum eſt, quâ id ratione conſtat, utique ſi voluptas honeſta ſit? Si voluptatis licitæ causâ fas eſt ædificare, plantare, navigare, pingere, paciſci, ſtipulari, contrahere, ut nemo licere negat, quid prohibet, tale Jus in alieno acquirere fundo? Quid niſi arguta ſubtilitas? Ita ſane Viris nuper doctiſſimis viſum eſt, quibus ideo placuit, hujus Legis ſubtilitatem ipſius Romani Juris inventione ſublatam eſſe: *Quippe*, ajunt, *etſi ab initio ita jus fuerit, ut ea ſervitutibus non annumerarentur, quæ tantum haberent cauſam voluptatis, quia prædia prædiis, propter ipſius prædii utilitatem ſervirent; deinde tamen hoc datum fuit conſuetudini, ut ne minus ad voluptatem conſtitui poſſit ſervitus, quam ad uſum prædii &c. Quare hæc res perinde habenda eſt, ac ſi Paulus ſcripſiſſet hoc modo, ut pomum decerpere, ut ſpatiari, ut cœnare in alieno liceat, Servitus quidem imponi non poteſt: attamen, ſi imponatur, utilis erit impoſitio; hoc enim jure utimur.*

2. Ita Viri Cll. eleganter, & quod Eunomiæ ſufficiat; Eſſe enim talia, quæ contra ſubtilitatem Juris uſu recepta ſunt, aliter quam prius obtinuerant, innumerabilibus exemplis comprobari poteſt, in hac ipsâ quoque Servitutum materiâ ex *l. 9. d. S. R. P.* & ex iis, quæ modò ad *l. 4.* de ſervitutibus ex certo tempore vel ad certum tempus non conſtituendis, quod tamen ipſorum inventione Juris-conſultum aliter receptum eſt, intelleximus. An ita ſe res habeat in hac hypotheſi, videndum. Si enim de facto hæc differentia Juris & uſus, in ſervitutibus voluptuariis, non extet in Arte, quemadmodum de cæteris habemus expreſſam juris auctoritatem, aliter hujus loci philoſophiæ conſulendum fuerit. De præjudicio communis omnium Interpretum ſententiæ; ne *Connano* quidem, etſi hic pro novâ interpretatione citatur, excepto; nihil opus eſt dicere; quod haud ita pridem nemo dubitaverit, quin Servitus voluptatis causâ conſtitui nequeat: ſed lex & ratio in partes ſolæ veniunt. In iis quæ contra ſubtilitatem Juris uſu recepta ſunt, ita ſe res habet, ut ſubtilitate uſu Juris ſubactâ, nulla militet æquitatis aut civitatis ratio; ſed hæc tota ſit pro eo quod Juris auctores deinde receperunt, ut

exempla ſuperius ad *d. l.* 4. adducta demonſtrant. Sed hæc regula; quod Servitus voluptatis cauſâ conſtitui nequeat, minime eſt ex iis, quæ nullam æquitatem aut facultatem civilem habent; Eſt res & naturæ ſervitutis & utilitati publicæ convenientiſſima. Nam ſi maximè, quod ad præſtandum aliquid voluptuarium alius alii ſe obligat, non poſſit reprehendi; ſi tamen uſus rei merè voluptariæ, tanquam jus inhærens fundo, cum hoc effectu, ut adverſus omnes in æternum à quolibet poſſeſſore prædii exerceri poſſit, ſtabiliatur; id nec cum utilitate publicâ, quæ minimè voluptatibus favet, nec ingenio Servitutis convenit. Eſt enim Servitus, qualitas prædii, ut Celſus docet, quemadmodum ſalubritas & fertilitas *l.* 86. *d. V. S.* ad utilitatem comparata. *l.* 15. *h. t.* Voluptas autem utilitati opponitur *l.* 3. § 4 *d. in Rem verſo.* Nec poteſt adficere prædium, ut in ejus qualitatem tranſeat, quia res eſt mere perſonalis, tam cauſâ, quam uſu & ſenſu; ut ineptum abſurdumque videri neceſſe ſit, Fundo alieno imponere jus, inhæſurum, inquam, fundo, ut aliis in eo ſpatiari, cœnare, pomum decerpere, *adde*, pilâ vel aſtragalis ludere, choreas agere, luctari liceat. Nec enim habent hæ res certam utilitatis æſtimationem, cum à cujuſque imaginatione & inclinatione, non ab affectione reali pendeant; unde prædio characterem juris in Re perpetui, contra quoſlibet imprimi poſſeſſores, adeò incivile eſt, ut ſi olim per ſubtilitatem tale quid receptum fuiſſet, à poſterioribus Juris-Conſultis uſuque rerum ſine dubio improbatum abolitumque fuiſſet. Tantum abeſt, ut hominibus in emendanda Juris Arte, ſecundum utilitatis publicæ rationes, conſpici volentibus, tantæ res ineptiæ in mentem venire potuerit.

3. Sed in contrarium Viri Cll. ſic inſtituunt; *Amœnitatem*, quam à voluptate non diſtinguunt, *non tantum cum homine, ſed etiam cum prædio conjungi, una tam liquidè arguit Servitus Proſpectus, & ne proſpectui officiatur, ut nihil requirendum ſit*, eoque facit *l.* 15. *&* 16. *d. S. U. P.* ubi tamen nihil de voluptate, de gratiore duntaxat proſpectu agitur. *Quibus accedit*, ajunt, quod *hoc jure utimur, ut etiam amœnitatis cauſâ aquæductus acquiri poſſit l.* 1. §. 11. *l.* 3. *d. Aqu. quotid. & æſt.* Verum ego ſumma cum ratione, diſtinguendam eſſe puto amœnitatem à voluptate. Eſt enim amœnitas, vera & realis fundi qualitas, ut amplitudo & ſalubritas, inſeparabilis à prædio, ſemper uſum habens æquabilem; etiam ſine reſpectu ad actum ſecundum & ad uſum poſſeſſoris, inhærens prædio, idque civili æſtimatione melius, & pretio ad emendum, & mercede ad locandum, efficiens; ultro ſeſe offerens oculis ſpectantium, ut eſt proſpectus, aquæductus, arboretum & ſimilia: Quæ non ita ſunt in Voluptate; Hæc eſt animi qualitas, fundo non inhærens, non modo ſeparabilis à prædio, ſed nihil ad ejus qualitatem aut utilitatem pertinens, in actione cujuſque initium & finem habens, qualia ſunt, pomum decerpere, ſpatiari, ludere, choreas agere & ſimilia; cujuſmodi facultates, ſi per contractum certis perſonis acquirere non eſt abſurdum, eaſdem tamen imprimere fundo, ut illum adficiant, ac quemlibet ejus poſſeſſorem, æternâ in rem actione teneant devinctum, ab uſu civili atque ab ipſo pene ſenſu communi abhorret.

4. Præterea, obſervandum eſt, Servitutes in ſe uſuque primævo & naturali eſſe conſiderandas, qui ſi talis ſit, ut per ſe ad prædii utilitatem referatur, hoc ad quali-

Digitized by Google

qualitatem ſervitutis fundo imprimendam ſufficere; quâ ſemel conſtitutâ, non eſſe amplius præſcribendum domino prædii, cui ſervitus acquiſita eſt, quomodo, ad meram utilitatem, an etiam ad voluptatem, eam adhibere velit. Ita ſervitus Aquæductus recte fundo acquiritur; habet enim in ſe utilitatem fundi, ad irrigandum, vel hauriendam aquam, aut pecus appellendum. Quod ſi dominus ad meram voluptatem uti velit aquæductu, quis eum prohibeat? Ejuſmodi enim accidentalis & acceſſorius uſus non derogat naturæ ſervitutis in ſe conſideratæ. Hæc res etiam ſuggerit medium reſpondendi, ad id quod Viri Cll. movent ex *l. 8. §. 1. Si Servit. Vind.* ubi dicitur, Actionem competere adverſus eum, qui ceſſit mihi talem ſervitutem, ut in parietem ejus tigna immittere mihi liceat, ſupraque ea tigna, verbi gratia, porticum ambulatoriam facere, ſuperque eum Parietem, columnas ſtructiles imponere, quæ protectum ambulatorium ſuſtineant. Si enim maxime voluptatis finem in hoc inſtituto eſſe credamus, quid hoc ad juris mutationem? Jus tigni immittendi eſt ſervitus habens utilitatem ædificii multiplicem & prædium corporaliter adficiens; ideo rectè fundo imponitur. Impoſitum hoc jus fundo, quis dominum uti prohibeat ſuo arbitratu? Iter, actus, via ſunt ſervitutes prædii, in univerſum utiles & neceſſariæ, quæ proinde fundis jure ſervitutis recte imponuntur: Impoſitæ quomodo velit Dominus, etiam voluptatis causâ, quominus exerceantur, nihil impedimento eſt. Verum aliter multo ſe res habet, in jure pomum per otium decerpendi, ſpatiandi, ludendi, ſaltandi in alieno. Hæc in voluptatis ſenſu ordiuntur & conſumuntur; non cohærent, inquam, fundo, non poſſunt ei imprimere qualitatem ut juris in re characterem. Non habent uſum voluptatis acceſſorium, ſed omnem & unicum. Nihil in illis eſt aliud: Ideoque nihil ad ſervitutem hæc eadem pertinere, non ex inani ſubtilitate, ſed è populari & ſolidâ rerum comparatione Veteres arbitrati ſunt. A quo nec in docendo, nec in conſulendo, nec in judicando recedere fas ſit. At verò materiam Pactorum, quæ nihil honeſtum licitumve repudiant, ab hujusmodi voluptuariis non abhorrere facile conceditur. Quicquid turpe vel impoſſibile non eſt, aut lege prohibitum, Pactis & ſtipulationibus comprehendi poteſt. *Tit. de Inutil. Stipulat.*

15. His bene perceptis, non eſt, quod de iſta Cenſura ab hoc loco amoliendâ ſolliciti ſimus. Nihil verius, prudentius & civilius in omni Arte noſtra videtur eſſe proditum; quam, quod Juris Auctores pro Servitutibus prædiorum, juribuſque, fundis characterem æternum imprimentibus agnoſcere noluerunt, actus mere voluptuarios, in hominum imaginatione, non in reali qualitate vel civili utilitate prædiorum conſiſtentes: qualia ſunt ea, quæ in *pr. d l. 8.* & à nobis ſuperius enumerata ſunt. Denique, ſi jungantur hæc iis, quæ *in Prælect. ad h. t. n. 6.* collocata ſunt; vix erit, quod ad hujus abſolutionem Quæſtionis deſideretur. Planè, quominus Servitutes voluptatis causâ conſtitutæ vim pacti habeant, & per modum exceptionis proſint, nihil obſtat; modò tum hoc teneamus, quod ſuperius obſervatum eſt, exceptiones pacti tantum dari adverſus eos, qui obligati ſunt, eorumve heredes, non etiam contra tertium poſſeſſorem, quâ in re differentiam juris in Re & ad Rem quod dicitur, conſiſtere notum eſt. Ideoque ſi nihil aliud vellent Cenſores, vix erat, ut quicquam hac de re diſſenſionis, quæ non eſt oppido magna, ſupereſſe poſſet.

Paulus Lib. xv. ad Sabin.

Servitutes prædiorum ruſticorum, etiamſi corporibus accedunt, incorporales tamen ſunt, & ideo uſu non capiuntur: vel ideo, quia tales ſunt Servitutes, ut non habeant certam continuamque poſſeſſionem. Nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire poteſt, ut nullo modo poſſeſſio ejus interpellari videatur. Idem & in Servitutibus prædiorum Urbanorum obſervatur L. 14. in pr. d. Servitut.

1. Contra hujus textus rationes varie diſputatur. An & quatenus Servitutes otiium hodieque uſucapiantur, in *Prælect. ad tit. Comm. Præd. n. 5.* diximus. Quare uſucapio illa proprie non conveniat, Paulus hic geminâ ratione firmat. Primâ, quia ſervitutes ſunt incorporales, ideoque non poſſidentur *l. 43. §. 1. d. A. R. D.* Secunda ratio Pauli, propria ſervitutibus ruſticis eſt, quia non habent certam continuamque poſſeſſionem; eo quod nemo tam perpetuo & continenter ire agere poſſit, ut poſſeſſio non interpellata dici queat. Atqui hoc etiam de rebus corporalibus, quarum certè eſt uſucapio, prædicari poteſt. Sicut enim non continuò ire agere poſſumus, ita nec continuò rei corporali incumbere licet, quando ſæpe abſumus. Quare, cum hoc non interumpat poſſeſſionem & uſucapionem, cur ſimilis intermiſſio id in ſervitutibus efficit? Neque vero in urbanis ſervitutibus; (ut Paulus, dum hoc de ruſticis ſpecialiter adfirmat, indicare videtur;) continuum poſſeſſionis exercitium eſt, quale certe non eſt in ſervitute ſtillicidii, fluminis & ſimilibus; præter quod in his quæ in non faciendo conſiſtunt, nulla poſſeſſionis ſimilitudo apparet. Verum eſt, eas ſervitutes cauſam & aptitudinem habere continuam, ſed hoc etiam de ruſticis adfirmatur *l. 28. d. S. U. P.* Adeo, ut diſtinctio Doctorum in Servitutes continuas quæ ſint urbanæ & diſcontinuas, quæ ruſticæ ſint, vix habeat rationem; cum, quoad cauſam & potentiam omnes continuæ, quod ad exercitium in utroque genere quædam ſint diſcontinuæ.

2. Quid ſibi vult igitur Paulus, quod non contentus, reddidiſſe rationem, cur ſervitutes uſu non capiantur, quia ſunt incorporales; addit etiam hanc quaſi propriam Ruſticis rationem, quod non habeant certam cotinuamque poſſeſſionem? Ad hujus rei defenſionem cum Rævardus *tract. ad L. Scribon.* nihil aliud prætuliſſet, quam Paulum per *certam continuamque poſſeſſionem in hac L. 14.* intelligere non talem, qualis in uſucapione deſideratur, ita ſubjungit; *Hæc ſi conſideraſſet Eguinarius Baro, non eam Paulo feciſſet injuriam, ut contenderet hujus rei rationem non ſatis virum prudentiſſimum habuiſſe compertam.* Neque tamen ipſe quicquam adfert; quo difficultates ſupra expoſitæ removeantur. Ergo nos in *Digreſſ. part. 2. lib. 2. c. 17.* ita conjecimus; Verba ibi noſtra hujusmodi fuerunt; Ego Paulum neque cum Eguinario Barone, imperitiæ accuſem, nec cum Rævardo, defendendum, quod is parum liquidè facit, ſuſcipiam; ſed cum Donello 11. *Comm.* 11. dicere malo, eam rationem à Paulo non videri adſeverate, ſed προβληματικῶς, aut negligentius eſſe poſitam. Hactenus *in Digreſſionibus d. loc.* Verum ita non abit hic locus ἀσύμβολος à cenſurâ. Vellem Rævardus, quâ in re diſcri-

diſcrimen, inter continuam & diſcontinuam poſſeſſionem; in ſervitutibus & in rebus corporalibus conſiſtat, explicuiſſet. Tu vide ſis, an hæc tes ita comprehendi poſſit.

3. In Uſucapione requiritur poſſeſſio continua; quæ cum non ſit in ſervitutibus, in acquirendis hiſce merito prohibita eſt Uſucapio, cum per rationes Pauli in *h. l.* 14. tum per legem Scriboniam in *l.* 4. §. *ult. d. Uſucap.* Veteres tamen ante legem Scriboniam Servitutes uſucapione biennali, ſicut res immobiles uſucapi poſſe voluerunt, ut prohibitio Scribonia *d. l.* 4. §. *f.* & Paulus in *l.* 1. *ſent. t.* 17. §. 1. & Aggenus Urbic. *in Frontin. de limit. agror.* probant, quod in *d. c.* 17. *Digreſſ. n.* 2. demonſtravimus; idque propterea, quod ut poſſeſſionis inſtar aut *quaſi* poſſeſſio, in ſervitutibus intelligitur, ita nihil vetaret, Uſucapionem analogicè & impropriè illis applicari, Quam poſtea viſum eſt, è terminis Artis eliminandam eſſe, quia poſſeſſio non ut in corporalibus, certa & continua eſſet. Nam etſi fundo aliiſve rebus corporalibus non ſemper incumbimus, neque manu ſemper eas vel corpore premimus, tamen res ipſa poſſeſſionis actu primo & ſignato fixa evidensque manet ob oculos; fundus ſcilicet, aut domus, quem vel quam abſentes poſſedimus, retinemus. Verum in Servitute nihil eſt quam uſus, poſſeſſio illius in uſu incipit & tota conſiſtit; cum autem Uſus earum, maximè in Ruſticis admodum inſtabilis & interruptus ſit, nihil eſt, quo poſſeſſio ſtabilis & continua dici queat, in ſervitutibus inquam, ruſticis. Nam in Urbanis ſane plerisque res aliter ſe habet; quia prædium dominans, fere eſt in eodem ſtatu, continuo ſemper & æquabili; ut in ſervitute Oneris ferendi, tigni immittendi, altius non tollendi, cæterisque manifeſtum eſt; Etſi in quibusdam forte non multo ſecus ac in Ruſticis, quod ad hanc rem attinet, comparatum eſt, ut fere uſu venit in objectis diſciplinæ, quæ in *contingentibus*, ut Juris-prudentia, verſatur. His bene perpenſis, non videtur eſſe cauſa Pauli reprehendendi juſta; quod cum rationem præcipuam & peremptoriam, quâ Servitutes non uſucapiantur, quia ſunt incorporales, poſuiſſet, addit ex abundanti hanc, quæ ut forte minus exactè & adæquatè ſubjecto conveniat, non caret tamen idoneâ ratione, quam demonſtravimus, applicationis.

Ulpianus Lib. 53. ad Edict.

Cum eo, qui tollendo obſcurat vicini ædes, quibus non ſerviat, nulla competit actio l. 9. d. Servit. Præd. Urb.

Marcellus Lib. 10. Digeſtor.

Gaurus Marcello: Binas ædes habeo, alteras tibi lego; heres ædes alteras tollit, & luminibus tuis officit. Quid cum illo agere potes; & an intereſſe putes, ſuas ædes altius tollat, an hereditarias? &c. Marcellus reſpondit; Qui binas ædes habebat, ſi alteras legavit, non dubium eſt; quin heres alias poſſit altius tollendo, obſcurare lumina

 legata

legatarum ædium. Idem eſt, ſi alteri ædes, alteri aliarum uſumfr. legaverit &c. Sed ita officere luminibus & obſcurare legatas ædes conceditur, ut non penitus lumen recludatur, ſed tantum relinquatur, quantum ſufficit habitantibus, in uſus diurni moderatione l. 10. d. tit. d. S. U. P.

1. Vicinus meus nullam mihi debens ſervitutem, ædificat in ſuo, contra meas feneſtras, ita ut luminibus meis officiat, eaque obſcuret, quæritur; an hoc prohibere poſſim? Non poſſe me actionem hac cauſâ movere, definit indiſtincte Ulpianus in *l.* 9. Quod ſuprà ad *l.* 10. *d. Uſufr.* diſplicere Cenſoribus in Proprietario, cujus ædium alius habet uſumfructum, vidimus, ita, ut Fructuario dandam putent actionem ad hoc prohibendum: quanto magis actio mihi danda fuerit adverſus eum, qui meas ædes, in quas ille nihil juris habet, altius ædificando obſcurat? Huc pertinet exemplum ſingularis juſtitiæ cauſâ laudatum, Theophili Imperatoris, qui Petronæ Viri nobilis ædes ita ſtructas, ut viciniæ viduæ domum penitus obſcurarent, deſtruxit, auctoremque publicè flagris cædi juſſit, τὰς ἑαυτοῦ διαίτας ὑψώσαντα καὶ τῇ αὐτῆς οἰκίᾳ ἐπισκοποῦντα, *quod ſuas ædes extuliſſet ac in viduæ domum deſpicere poſſet*, ut Zonaras refert, ſive ut Manaſſes Poeta hiſtoricus loquitur, quod νυκτοχειμερινὸν viduæ domum feciſſet, *Pro luce noctem ei intuliſſet*, quâ de re nos egimus in *part.* 1. *Digreſſ. c. ult.* Et videtur omnino hæc licentia publicæ utilitatis diſciplinæ, & regulæ Servatoris noſtri Quod tibi nolis fieri, id alteri ne feceris, adverſari. Marcellus ideo poſitionem Ulpiani infinitam civiliter utiliterque limitare videtur, ut ne penitus lumen recludatur; ſed relinquatur quod ſatis ſit, ad diurni luminis moderationem *in fin. l.* 10. Verum hanc limitationem non eſſe referendam ad regulam univerſalem *l.* 9. ſed tantum ad ſpeciem facti, quæ eſt in *l.* 10. quidam haud immeritò arbitrantur, quibus adſtipulati nos ſumus in *d. cap. ult. Digreſſ.* eo quod heredi minus liceat in obſcurandis ædibus à defuncto mihi legatis, cujus ipſe factum & voluntatem præſtare, neque beneficium ejus corrumpere debet, quam in alias domos à teſtatore, cujus ipſe heres eſt, & quem repræſentat, non legatas, nec ab eo profectas.

2. Unde ſupereſt hæc ſententia Juris; Cuilibet in ſuo, quam vult ædificare licere altiſſime; cum incommodo licet vicini, cui nulla ad prohibendum ratio vel actio datur, etſi forte domum vicini νυκτοχειμερινὸν, id eſt, penitus reddat tenebricoſam, ut interdiu lumine ſubſidiario opus ſit, *hac l.* 9. *l.* 4. *eod l.* 8. *C. de Servitut. l.* 26. *d. damno infect.* ſub hiſce tamen limitationibus: I. Si ædificans legitimum ſpatium à vicinâ domo, quatenus hoc in civitate receptum ſit, intermittat l. 14. *d. Serv. P. V.* II. Si non excedat altitudinem domibus ex inſtituto Civitatis præſcriptam, quo pertinet, quod de ſtatu ac forma antiquorum ædificiorum cuſtodiendo præſcribitur in l. 11. *S. U. P.* l. 1. *C. de Servit.* l. *pen. C. de ædif. pr.* quod magnum habuit uſum apud veteres, qui tecta ædificiorum plana & ad uſus peculiares ſecreta habebant, in quæ à vicinis ex altiore loco deſpici moleſtiſſimum eſſet; idque ſpecialiter in urbe Româ, poſtquam ab incendio Neronis reſtituta fuerat, tradit Tacitus *l.* 15. *Annal. c.* 43. III. Si non invidiâ ad æmulationem aut vexationem alterius, quod merito non liceat, ædificatum ſit. *l.* 3 *in pr. d. Oper publ.* Unde nihil gaudeat ædificator, *quam ut officiat:* cujuſmodi malitiæ non eſſe indulgendum monet Celſus in *l.* 38. §. *Conſtituimus d. R. V.* eoque pertinet exemplum ſuperius Theophili & Petronæ. IV. Si non offen-

datur

Digitized by Google

datur agricultura, vel commercium aliudve negotium ad utilitatem publicam ſpectans, quo pertinet exceptio in *l. ult.* §. 1. *C. de Servit.* ubi prohibetur ædificari juxta aream triturandis fructibus deſtinatam, quo Ventus paleam ſecernens inde excludatur. Idem eſt, ſi quis proſpectum theatri vel amphitheatri impediat, *d. l.* 3. *pr. d. Oper. publ. Ubi & alius caſus.* V. Si ædificium, ſeditionis cauſam præbere poſſit, quâ ratione Valerius Publicola domum ſuam altius ædificatam ſubmiſit, ut Plutarchus in *Publicolâ* teſtatur. VI. & Poſtremo addemus, etſi parum opus erat addere, limitationem ab aliis appoſitam, ſi non lædatur jus ſervitutis alteri quæſitum; Id enim in ipſa Quæſiti poſitione ſatis occupatum eſt, ac inde ab initio intellectum.

3. Hiſce requiſitis & limitationibus præſuppoſitis, non metuimus acumen rationeſque Cenſuræ ſuperioris; quia videtur eſſe regula juris, non minus naturalis quam Civilis: Neminem videri dolo facere, qui ſuo jure utitur *l.* 55. *d. R. I* Nemo damnum facit, niſi qui id fecit, quod facere jus non habet *l.* 151. *eod.* Nec alterius incommodum valere poteſt ad jus noſtrum impediendum *l.* 137. §. 4. *d V. O.* Ac ideo quiſque facere poteſt, quod libet, in ſuo; quatenus nihil in alienum immittat *l.* 8. §. 5. *Si ſervit. Vind.* Hinc cum eo, qui in ſuo fodiens vicini fontem avertit, nihil agi poteſt, nec adeo actionem alter habere debet, ut Marcello videtur, in *l.* 1. §. 12. *d. Aquâ & aquâ pluv.* ſi modo non fecerit, addit JCtus, animo nocendi vicino, quod incidit in limitationem tertiam, modo collocatam. Idem Ulpianus auctor eſt in *l.* 24. §. *ult. d. damno inf.* Aperit aliquis in domo ſuâ puteum, quo aperto, venæ tui putei præciſæ ſunt, non tenetur ille; neque enim tibi damnum dari in eâ re, in quâ ille jure ſuo uſus eſt, exiſtimatur. Cæterum, ſicubi lege Civitatis, etiam hæc limitatio, quæ eſt in fine noſtræ *l.* 10. ne lumen omne penitus tollatur, univerſalis ſtatuatur, id à publicâ utilitatis & honeſtatis diſciplinâ non abhorreret; etſi Jure Civili extra reſpectum heredis & voluntatis defuncti, ac forſitan extra obligationem Proprietarii erga Uſufructuarium, ita non videtur eſſe receptum, ut jam diximus & Gl. obſervat ad *d. l.* 9. *b.*

Pomponius Lib. XXXIII. ad Sabinum.

Si domus tua ædificiis meis utramque ſervitutem deberet, ne altius tolleretur, & ut ſtillicidium ædificiorum meorum recipere deberet, & tibi conceſſero, jus eſſe, invito me, altius tollere ædificia tua; quod ad ſtillicidium meum attinet, ſic ſtatui debebit, ut ſi altius ſublatis ædificiis tuis, ſtillicidia mea cadere in ea non poſſint, ea ratione altius tibi ædificare non liceat; ſi non impediantur ſtillicidia mea, liceat tibi altius tollere l. 21. *d. Servit. Præd. Urb.*

1. Adverſus hanc definitionem diſputat Autumnus, & putat diverſum à Pomponio ſentire Papinianum, in *l.* 17. *Commun. Præd.* & Paulum in *l.* 8. *Quemad. Servit. amitt.* atque definit in his verbis: *Ideo probanda eſt Papiniani ſententia, quam Paulus ſecutus eſt, quæ mihi non inarguta videtur, eâque hodie utimur.* Vellem Autumnus in Cenſurâ Juris exercendâ minus argute, vel potius, inargutè verſaretur. Nam Papiniani textus in *l.* 17. tam parum ad ad rem pertinet, ut ego lectio-

Digitized by Google

lectoris attentione, in referenda ejus ſententiâ, & cum hujus quæſtionis hypotheſi comparandâ, abuti nolim; cuique legenti & Artis gnaro id ultro patebit. Ex objectâ *lege* 8. recte colligitur hoc argumentum; Jus ſuum quemque videri abdicare per actum contrarium: Ut ſi is, qui jus ſtillicidii immittendi in alterius aream habet, vel qui jus viæ per alterius fundum habet, huic in iſto loco permittat ædificare: (ſcilicet, eo modo, ut via vel ſtillicidium impediatur, quemadmodum res & ipſe textus indicat) Si vero per id, quod is cui ſervitus debetur, conceſſit, uſus ſervitutis non tollatur, nihil eſt, quod ſervitutem finiri arbitremur. Atqui hoc ipſum in textu præſcripto inculcatur; Vicinus mihi debebat duas Servitutes, Altius non tollendi, & Stillicidii immittendi. Permiſi ipſi altius tollere. Sic amiſi Servitutem Altius non tollendi; Retineo tamen alteram; Stillicidii immittendi, modo ſpatium notabile ſit inter tectum ſerviens & meum ſtillicidium. Poteſt igitur altius tollere, ſic tamen ut mihi non auferat Stillicidium. Proinde ſi is qui ſervitutem ſtillicidii immittendi debet, altius tollendo ſtillicidii uſum impediat, non poteſt tam altum tollere; quia meum ſtillicidium ejuſmodi ſtructurâ tolleretur. Sed quamdiu ſtillicidium cadere poteſt, is qui debet eam ſervitutem, altius tollere non prohibetur. Idque ita, contra quam *Autumnus* adfirmat, uſu obſervatur, ut viſum eſt Curiæ ſupremæ Friſiorum, in cauſâ quæ inter me & *Heſſelum Tamburum* Decurionem Leovardienſem, non ita pridem acta fuit. Habebat iſle jus ſtillicidii & fluminis ſupra meum tectum. Habebam ego jus altius tollendi naturale, ſalvo ipſius ſtillicidio & flumine. Ergo tectum meum altius extuleram, ut tamen ejus ſtillicidium adhuc eſſet ſuperius; ſed locum fluminis, quod ille per canalem plumbeum ducendi jus habebat, ædificando ſuperaveram; ſic tamen, ut ſpatium pro ductu fluminis ejus liberum ipſi offerrem. Quod cum ille reſpueret, tectumque meum ad veterem formam deprimi vellet, Curia cenſuit, neutram ſervitutem ejus, altius tollendo, à me eſſe interceptam, ideoque meam oblationem videri juſtam & ſufficientem. Hæc ad iniquitatem Cenſuræ demonſtrandam ſufficiunt.

Paulus Lib. xv. ad Sabin.

Foramen in imo pariete conclavis, vel triclinii, quod eſſet proluendi pavimenti causâ, id neque flumen eſſe, neque tempore acquiri placuit. Hoc ita verum eſt, ſi in eum locum nihil ex cœlo aquæ veniat: Neque enim perpetuam cauſam habet, quod manu fit. At quod ex cœlo cadit, etſi non adſidue fit, ex naturali tamen causâ, fit, & ideo perpetuo fieri exiſtimatur. Omnes autem ſervitutes prædiorum perpetuam cauſam habere debent: & ideo neque ex lacu neque ex ſtagno concedi aquæductus poteſt. Stillicidii quoque immittendi naturalis & perpetua cauſa eſſe debet l. 28. *d. Servit. U. P.*

1. Adverſus hunc *Locum* primo Cenſuram Autumni examinabimus, dein ſi quid aliunde moveri poſſit. Autumnus; *Hæc ſententia Pauli rationem non habet, quia ſuæ quiſque rei moderator atque arbiter eſt, ut reſcripſit Conſtantinus Voluſiano in l. In re mandatâ C. Mandati.* Quid vetat igitur (ſic eſt ejus intentio) dominum impone-

imponere fundo ſuo proprio, qualem vult, ſervitutem, & concedere vicino jus, ſive ad tempus ſive perpetuum, quod habeat uſum modò & facultatem? In promptu eſt reſponſio: Neminem poſſe facere, quominus leges in ſuâ re valeant: Legem ita ſcriptam eſſe videmus, quam neque juris interpres, neque judex, neque paterfamilias invertere poteſt. Verum eſt tamen, hic nos in ejuſmodi inſtituto verſari, quod in illa ratione non acquieſcit; cum hic ipſas juris rationes ad examen cenſuramque vocemus. Dicendum igitur, naturam ſervitutis ita exigere, cum ſit Jus in re conſtitutum, quod res non homo debet *l. 6. §. 2. in fin. Si ſervit. vind.* quod rem & quemlibet ejus poſſeſſorem comitatur, *l. 1. l. 2. d. tit.* ut rei ſit æquabile, nec deficere poſſit, ubi res extat. Verum, ſi quis aliud rei non inhærens aut æquale jus ſtatuere vult, eum non impediri, per viam pactionis vel contractus id introducere, ut tamen non poſſit hoc eſſe jus, quod res, ſed quod homo debet: unde uſus actionis in perſonam, non in rem naſcatur, ut fieri videmus in *l. 13. pr. Com. Præd.* Hoc enim in univerſum ita eſt, jura quæ non poſſunt eſſe Servitutes, habere tamen effectum Obligationis, quæ perſonalis eſt, non æque juris in Re conſtitui. Summa igitur reſponſio ad hanc objectionem hæc eſt; Quemque ſane liberum eſſe rei ſuæ moderatorem & arbitrum; ut de illa ſecundum ejus naturam pro lubitu diſponat, ſed ita ut leges & formam juris obſervet, non ut ſuper illis creet & comminiſcatur facultates à rei proprietatibus alienas, unde juris ars inepta, deformis & ſibi rebuſque fieret inconveniens. Talis autem eſſet Servitus, non habens cauſam perpetuam; quæ Prædii naturæ ſemper eidem & æquabili non conveniret, ut foret ſervitus Aquam è ſtagno vel lacu non perpetuo ducendi, & Servitus Foraminis, per quod Aqua, nonniſi aſſidua manuum opera, emitti poſſet.

2. In contrarium nititur Autumnus; *Et cum navigandi Servitus in lacu conſtitui poſſit, ex l. via 23. §. 1. d. Servit. R. P. cur ex ſtagno & lacu aquæductus conſtitui non poteſt, fugit me ratio.* Non fugeret ipſum, vel ſane lectorem ratio, ſi adderet è textu, *Legem* 23. §. 1. agere de lacu *perpetuo*, qui fluminis inſtar eſt, ac ita ſervitutes, quarum perpetua ſit cauſa, recipit, quod eſt requiſitum noſtræ *Legis* 28.

3. Autumnus; *Non concedi è lacu ſervitutem, Accurſius ideo putat, quia ſæpe areſcunt: tamen convincitur ex verbis legis, Quod à cælo cadit, inquit* Paulus *h. l.* 28. *etſi non aſſiduè, ex naturali tamen cauſâ fit, & ideo perpetuo fieri exiſtimatur.* Habet ſpeciem hoc argumentum. In quem locum aliquid è cœlo aquæ, etſi non aſſiduò, venit, ejus cauſa naturalis & perpetua eſt *d. l.* 28. Atqui in lacus & ſtagna non poteſt negari, aquam venire de cœlo. Ergo. Sed limitetur propoſitio; In quem locum venit aqua de cœlo, ita, ut res ſive locus ſerviens ſemper idoneus ſit ad uſum ſervitutis accipiendum, ejus cauſa naturalis & perpetua eſt. Atqui tale non eſt ſtagnum vel lacus, cum ſæpius exareſcant, non magis quam ciſterna, è quâ ſervitus conſtitui non poteſt *l. 1. §. 4. de Font.* Atqui in ciſternam venit aqua de cœlo confertius & notabilius quam in lacum vel ſtagnum; ſed tamen ſæpe fit, ut cùm opus eſt aquæ hauſtu; ciſterna inanis, ac ita locus ad uſum ſervitutis non magis ſit idoneus, quam lacus ſiccus ad navigandum. Aliud eſt in ſtillicidio; Nam etſi nec illud ſemper caſitet, & aqua ſæpe non minus in eo, quam in ciſternâ nulla ſit, tamen res ſive locus illam Servitutem debens, hoc eſt, tectum vicini, ſem-

Digitized by Google

eandem edere *debet l. 1. in pr. de Edend.* id eſt, cogitur, neceſſe habet *l. 4. §. 2. eod.* Apud eundem Ulpianum, *debet & neceſſe* habet, promiſcuè ſumuntur in *l. un. D. Apud eum, à quo appell.* Nec omninò eſt dubium, opinor, quin *debet*, rectè, per *neceſſe habet*, explicetur. Jam compara ſis quæſtionem & reſponſionem; Proprietarius queritur, uſuarium, non ut oportet, uti. Judex officium imploratus, injungit uſuario, ne aliter, quam *debet*, utatur, hoc eſt, quam *neceſſe habet*, ſive, ne plus ſumat, quam præciſe ipſi ad *neceſſitatem* opus ſit: quod eſt rem redigere ad naturam ſuam & definitionem Uſus quæ eſt hæc, jus utendi rebus alienis *ad neceſſitatem* non ad emolumentem, ut ad *tit. I. de Uſu* traditum eſt. Denique, nihil aliud poteſt Judex, quam hoc determinare, pro perſona, conditione familiaque uſuarii, quantum ad uſum ejus neceſſarium civiliter acceptum requiratur tantum ei, nec amplius ſit jus percipiendi Ipſe uſus eſt ſuo arbitratu liberalius; Judex eum reſtringit, ad id quod *debet* habere, quo vivat, non quo delicietur. Voces, *oportet & debet*, ita ſemper diſtingui ut hic à nobis accipiuntur, non dixerim; ſatis eſt, ita poſſe & ſolere diſtingui, ut in dubio recipiamus eam quæ vitio caret interpretationem.

Ulpianus Lib. LXXIX. ad Edict.

Et, ſi habitatio, vel operæ hominis, vel cujus alterius animalis relictæ fuerint, ſtipulatio locum habebit, licet per omnia hæc uſumfructum non imitentur. l. 5. §. ult. Uſufruct. quemadm. cav.

1. Paulo ſuperius habuimus locum Ulpiani à Viro Cl. levi & felici manu emendatum, in *l. 10. pr. d. Uſ. & Habit.* Non fert etiam exactiſſimi Vir Judicii lectionem hujus loci; Cujus ſententiam aliter conſtare non putat, quam ſi ultima verba legantur, hoc modo; *Licet per omnia hæc uſum fructumve non imitantur*, *in lib. 3. Probab. cap.* 8. Sed vix eſt, ut ejuſmodi, qualis in priore loco, neceſſitas hunc locum urgere videatur, quò Lectionem Florentinam omniumque editionum mutemus. Verum eſt, habitationem operaſque melius cum uſu vel fructu, quam cum uſufructu ſolo comparari. Verum hic, niſi me fallit opinio, non agitur de universâ comparatione Habitationis & Operarum, cum Uſufructu vel cum Uſu Fructuve; Sed occupatur objectio, contra id, quod in operis & habitatione locum etiam habeat Ciutio uſufructuaria; cum tamen Habitatio & operæ in omnibus cum Uſufructu non conveniant. Cautio ſeu Stipulatio ob Uſumfructum eſt introducta ac inde nomen habet. Producitur autem ad alias Servitutes ob utilitatem, etſi non in omnibus cum uſufructu convenientes. Explicatur res ita; In operis & Habitatione locum habet Cautio uſufructuaria. Opponitur: Hibitatio & Operæ in omnibus cum uſufructu non conveniunt. Ergo nec in ſtipulatione, ſive cautione Uſufructuaria. Negat hanc connexionem Ulpiauus. Licet in omnibus cum uſufructu non conveniant; tamen Stipulatio uſufructuaria ad illas etiam extenditur. Ita nihil merito in Lectione receptâ deſideres.

Digitized by Google

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM VIII.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Papinianus Lib. VII. Quæſtion.

SErvitutes ipſo quidem jure, neque ex tempore; neque ad tempus, neque ſub conditione, neque ad certam conditionem; verbi gratiâ, quamdiu volam, conſtitui poſſunt. Sed tamen, ſi hæc adjiciantur, Pacti vel per doli exceptionem occurretur, contra placita Servitutem vindicanti l. 4. d. Servitut.

1. Quorſum hæ ambages & difficiles nugæ, ut quod res & æquitas dictat aliter, adhuc tamen juris eſſe negetur, etſi re verâ ſecus obtineat? Servitutes ſub conditione, vel ex tempore conſtitutas, aliter quam inter partes convenit, exercere non licet, verum doli exceptione qui tempus aut conditionem non ſervat, ad ſervandum compellitur: Et tamen regula Juris Servitutes ſub conditione, vel ex certo tempore & ad certum tempus non poſſe conſtitui, dictat *h. l.* 4. cur aliud Uſus Juris, aliud Regula Juris dictat, cum uſus ſecundum regulas, praxis ad Theoriam conformari debeat? Hoccene diſciplinæ, gravitatem publicæque utilitatis rationem adſeveranti conveniat? Statuere Jus quod iniquum fatearis, & unâ manu conſignare regulas æquitati adverſas, alteraque eaſdem inducere & improbare? Satisfaciendum eſt objectioni tralatitiæ & latè patenti, cujus exempla toto jure diffuſa ſunt. Nec enim hoc loco ſolo fit, ut quod directe valet, aut non valet, per exceptionem à Juris auctoribus ipſis ſuppeditatam in contrarium vertatur. Creberrimum id ubique Juris, & dignum animadverſione quod explicetur eſt, & hic fere primum ſe offert.

2. Jus Romanum ita fere conditum eſt, ut Reſpublica Romana. Poſt Reges expulſos, nulla certa Reipubl. forma inde ab initio conſtituta fuit; ſucceſſu temporis.

poris, non ſine multis motibus & mutationibus elaborata eſt. Eodem modo Ars
legum primo nulla fuit, ut *ad tit. de O. J.* vidimus; dein lex XII. tabularum, pau-
cas & pro temporum inſtituto, rigidiores edidit regulas, quæ uſu rerum ex mu-
tatione temporum hominumque, tam per Prætores, quam per Juris-Conſultos,
ſuppletæ ac emendatæ ſunt. Liberi, exempli gratia, heredes Parentum inviti per
Legem XII. conſtitui, à Prætore beneficium abſtinendi acceperunt §. *Sui autem*
2. *Inſt. de Hered. qualit. & diff. Aliud*; Obligatio ad tempus conſtitui non pote-
rat; Juris-conſulti ut per exceptionem id liceret, effecerunt, ac ita legem inter-
pretati ſunt aut flexerunt §. *At ſi* 3. *Inſt. d. Verb. Obl.* Id genus alia paſſim
occurrentia, longum ſit hic recenſere. Prætores tamen & JurisConſulti Jus à le-
gibus conſtitutum, vel Legis actiones, quæ olim formulas ſuas acceperant, in-
flectere potuerunt, mutare non potuerunt. Ideo liberi adhuc heredes Patrum ſuo-
rum, in quorum poteſtate ſunt, inviti eſſe dicuntur; & rurſus non coguntur he-
redes fieri, per jus Prætorium. Obligationem ad tempus non poſſe contrahi, ad-
huc eſt regula Juris *d.* §. 3. Neque tamen ultra tempus adjectum, cum effe-
ctu quenquam obligari idem locus dictat. Eunomiæ ſufficit, quod Æquitati in
re ipſa & eventu, ſatisfit, neque poſtulat, ut diverſorum jurium fontes & progreſ-
ſuum cauſæ deleantur ex Artis memoriâ. Sua vetuſtati reverentia conſtare debet,
nec inutile eſt ſcire, quid olim placuerit, quid poſteritas ferendum non putave-
rit; modo quod noviſſime ſedit Legibus, bonum & rectum ſit. Quemadmodum,
ſi durum ſit, ad tempus vel ſub conditione Servitutes conſtitutas diutius exerceri,
quam convenerat, id per exceptionem ad placiti metas redigi, ſufficit hoc, in-
quam, Eunomiæ; Ut, quanquam Actio ad ſervitutem vindicandam, contra
quam placuit, datur, Exceptio tamen ſuccurrat, ſi quidem nihil intereſt, actio-
nem quis non habeat, an per exceptionem elidatur *l.* 112. *d. R. I.* Nec tamen ita
putandum eſt, hanc inanem eſſe ſubtilitatem, ut idem per omnia ſit effectus, u-
trum Servitus ipſo jure non valeat, an per exceptionem elidatur. Nam exceptio
non datur, niſi ei, qui pactus eſt ejusve heredi, non tertio poſſeſſori; Servitus
autem jure conſtituta Tertio & cuilibet poſſeſſori prodeſt. Tantum igitur & am-
plius intereſt, quantum inter jus ſervitutis & Obligationis, de quo notabili di-
ſcrimine diximus ad *Tit.* 1. *Commun. Præd.*

3. Sed eſt adhuc alia quædam Cenſuræ ſpecies in hunc textum; quod hæc
regula de Servitute ſub conditione & ex tempore non conſtituenda, faculta-
tem uſumque non habeat civilem, ſive de primo ſive de ſecundo actu conſti-
tuendi ſervitutem agamus. Nam actus primos, qui ſtipulando & promitten-
do, vel per Teſtamentum fiunt, temporis & conditionis adjectionem recipere,
quemadmodum omnia, quæ legantur & promittuntur, non eſt dubium. Actus
autem ſecundos & proximos acquirendi, veluti Patientiam uſus & præſcriptio-
nem non capere terminos habiles hujus quæſtionis; quia pati ut actus Servi-
tutis inſtituatur, cumque longi temporis uſu acquirere, nullo ſenſu, ſub conditio-
ne vel ex certo tempore fieri poteſt. Diximus hac de re in *Poſit. & Prælect. ad h. t.*
ſub fin. in eoque deſiimus, Prohibitionis hujus uſum conſiſtere videri in Ceſſione
Servitutis in Jure, quæ olim fiebat; & quæ Actus legitimus cum eſſet, non reci-
piebat diem vel conditionem *l.* 77. *d. R. I.* In adjectione verò, quæ ſit ad certum
tempus,

Digitized by Google

tempus, vel uſque ad certam conditionem, eadem ratio eſſe videtur, quæ in Obligatione, quam ad certum uſque tempus ipſo jure contrahi non poſſe, jam diximus, ex arbitraria Juris antiqui conſtitutione, quæ à Juris-Conſultis per remedium exceptionis ad ſimplicitatem Juris Gentium, & Æquitatem reducta eſt. Atque hoc modo hic textus ab omni cenſura liberatur.

Paulus Lib. 25. ad Plautium.

Ut pomum decerpere liceat, & ut Spatiari, & ut Cœnare in alieno poſſimus, ſervitus imponi non poteſt. L. 8. in pr. d. Servit.

1. Si Servitus eſt jus alienæ rei impoſitum, quo dominus in gratiam alterius aliquid pati in ſuo vel non facere cogitur, ut eſt definitio; quid vetat, ejuſmodi jus in fundo alieno acquirere, quo ſpatiari, cœnare, pomum decerpere liceat, æque ac ire, agere, aquam ducere, proſpectum habere & id genus alia, quæ ſervitutibus continentur? Nam quod dicitur *hujus L. argumento*, non licere Servitutem conſtituere, voluptatis, ſed tantum utilitatis causâ; ſi hoc verum eſt, quâ id ratione conſtat, utique ſi voluptas honeſta ſit? Si voluptatis licitæ causâ fas eſt ædificare, plantare, navigare, pingere, paciſci, ſtipulari, contrahere, ut nemo licere negat, quid prohibet, tale Jus in alieno acquirere fundo? Quid niſi arguta ſubtilitas? Ita ſane Viris nuper doctiſſimis viſum eſt, quibus ideo placuit, hujus Legis ſubtilitatem ipſius Romani Juris inventione ſublatam eſſe: *Quippe*, ajunt, *etſi ab initio ita jus fuerit, ut ea ſervitutibus non annumerarentur, quæ tantum haberent cauſam voluptatis, quia prædia prædiis, propter ipſius prædii utilitatem ſervirent; deinde tamen hoc datum fuit conſuetudini, ut ne minus ad voluptatem conſtitui poſſit ſervitus, quam ad uſum prædii &c. Quare hæc res perinde habenda eſt, ac ſi Paulus ſcripſiſſet hoc modo, ut pomum decerpere, ut ſpatiari, ut cœnare in alieno liceat, Servitus quidem imponi non poteſt: attamen, ſi imponatur, utilis erit impoſitio; hoc enim jure utimur.*

2. Ita Viri Cll. eleganter, & quod Eunomiæ ſufficiat; Eſſe enim talia, quæ contra ſubtilitatem Juris uſu recepta ſunt, aliter quam prius obtinuerant, innumerabilibus exemplis comprobari poteſt, in hac ipſâ quoque Servitutum materiâ ex *l. 9. d. S. R. P.* & ex iis, quæ modò ad *l. 4.* de ſervitutibus ex certo tempore vel ad certum tempus non conſtituendis, quod tamen ipſorum inventione Juris-conſultum aliter receptum eſt, intelleximus. An ita ſe res habeat in hac hypotheſi, videndum. Si enim de facto hæc differentia Juris & uſus, in ſervitutibus voluptuariis, non extet in Arte, quemadmodum de cæteris habemus expreſſam juris auctoritatem, aliter hujus loci philoſophiæ conſulendum fuerit. De præjudicio communis omnium Interpretum ſententiæ; ne *Connano* quidem, etſi hic pro novâ interpretatione citatur, excepto; nihil opus eſt dicere; quod haud ita pridem nemo dubitaverit, quin Servitus voluptatis causâ conſtitui nequeat: ſed lex & ratio in partes ſolæ veniunt. In iis quæ contra ſubtilitatem Juris uſu recepta ſunt, ita ſe res habet, ut ſubtilitate uſu Juris ſubactâ, nulla militet æquitatis aut civitatis ratio; ſed hæc tota ſit pro eo quod Juris auctores deinde receperunt, ut exem-

Digitized by Google

exempla ſuperius ad *d. l.* 4. adducta demonſtrant. Sed hæc regula; quod Servitus voluptatis cauſâ conſtitui nequeat, minime eſt ex iis, quæ nullam æquitatem aut facultatem civilem habent; Eſt res & naturæ ſervitutis & utilitati publicæ convenientiſſima. Nam ſi maximè, quod ad præſtandum aliquid voluptuarium alius alii ſe obligat, non poſſit reprehendi; ſi tamen uſus rei merè voluptariæ, tanquam jus inhærens fundo, cum hoc effectu, ut adverſus omnes in æternum à quolibet poſſeſſore prædii exerceri poſſit, ſtabiliatur; id nec cum utilitate publicâ, quæ minimè voluptatibus favet, nec ingenio Servitutis convenit. Eſt enim Servitus, qualitas prædii, ut Celſus docet, quemadmodum ſalubritas & fertilitas *l.* 86. *d. V. S.* ad utilitatem comparata. *l.* 15. *h. t.* Voluptas autem utilitati opponitur *l.* 3. § 4 *d. in Rem verſo.* Nec poteſt adficeére prædium, ut in ejus qualitatem tranſeat, quia res eſt mere perſonalis, tam cauſâ, quam uſu & ſenſu; ut ineptum abſurdumque videri neceſſe ſit, Fundo alieno imponere jus, inhæſurum, inquam, fundo, ut aliis in eo ſpatiari, cœnare, pomum decerpere, *adde*, pilâ vel aſtragalis ludere, choreas agere, luctari liceat. Nec enim habent hæ res certam utilitatis æſtimationem, cum à cujuſque imaginatione & inclinatione, non ab affectione reali pendeant; unde prædio characterem juris in Re perpetui, contra quoſlibet imprimi poſſeſſores, adeò incivile eſt, ut ſi olim per ſubtilitatem tale quid receptum fuiſſet, à poſterioribus Juris-Conſultis uſuque rerum ſine dubio improbatum abolitumque fuiſſet. Tantum abeſt, ut hominibus in emendanda Juris Arte, ſecundum utilitatis publicæ rationes, conſpici volentibus, tantæ res ineptiæ in mentem venire potuerit.

3. Sed in contrarium Viri Cll. ſic inſtituunt; *Amœnitatem*, quam à voluptate non diſtinguunt, *non tantum cum homine, ſed etiam cum prædio conjungi, una tam liquidè arguit Servitus Proſpectus, & ne proſpectui officiatur, ut nihil requirendum ſit*, eoque facit *l.* 15. & 16. *d. S. U. P.* ubi tamen nihil de voluptate, de gratiore duntaxat proſpectu agitur. *Quibus accedit*, ajunt, quod *hoc jure utimur, ut etiam amœnitatis cauſâ aquæductus acquiri poſſit l.* 1. §. 11. *l.* 3. *d. Aqu. quotid. & æſt.* Verum ego ſumma cum ratione, diſtinguendam eſſe puto amœnitatem à voluptate. Eſt enim amœnitas, vera & realis fundi qualitas, ut amplitudo & ſalubritas, inſeparabilis à prædio, ſemper uſum habens æquabilem; etiam ſine reſpectu ad actum ſecundum & ad uſum poſſeſſoris, inhærens prædio, idque civili æſtimatione melius, & pretio ad emendum, & mercede ad locandum, efficiens; ultro ſeſe offerens oculis ſpectantium, ut eſt proſpectus, aquæductus, arboretum & ſimilia: Quæ non ita ſunt in Voluptate; Hæc eſt animi qualitas, fundo non inhærens, non modo ſeparabilis à prædio, ſed nihil ad ejus qualitatem aut utilitatem pertinens, in actione cujuſque initium & finem habens, qualia ſunt, pomum decerpere, ſpatiari, ludere, choreas agere & ſimilia; cujuſmodi facultates, ſi per contractum certis perſonis acquirere non eſt abſurdum, eaſdem tamen imprimere fundo, ut illum adficiant, ac quemlibet ejus poſſeſſorem, æternâ in rem actione teneant devinctum, ab uſu civili atque ab ipſo pene ſenſu communi abhorret.

4. Præterea, obſervandum eſt, Servitutes in ſe uſuque primævo & naturali eſſe conſiderandas, qui ſi talis ſit, ut per ſe ad prædii utilitatem referatur, hoc ad quali-

Digitized by Google

qualitatem ſervitutis fundo imprimendam ſufficere; quâ ſemel conſtitutâ, non eſſe amplius præſcribendum domino prædii, cui ſervitus acquiſita eſt, quomodo, ad meram utilitatem, an etiam ad voluptatem, eam adhibere velit. Ita ſervitus Aquæductus recte fundo acquiritur; habet enim in ſe utilitatem fundi, ad irrigandum, vel hauriendam aquam, aut pecus appellendum. Quod ſi dominus ad meram voluptatem uti velit aquæductu, quis eum prohibeat? Ejuſmodi enim accidentalis & acceſſorius uſus non derogat naturæ ſervitutis in ſe conſideratæ. Hæc res etiam ſuggerit medium reſpondendi, ad id quod Viri Cll. movent ex *l.* 8. §. 1. *Si Servit. Vind.* ubi dicitur, Actionem competere adverſus eum, qui ceſſit mihi talem ſervitutem, ut in parietem ejus tigna immittere mihi liceat, ſupraque ea tigna, verbi gratia, porticum ambulatoriam facere, ſuperque eum Parietem, columnas ſtructiles imponere, quæ protectum ambulatorium ſuſtineant. Si enim maxime voluptatis finem in hoc inſtituto eſſe credamus, quid hoc ad juris mutationem? Jus tigni immittendi eſt ſervitus habens utilitatem ædificii multiplicem & prædium corporaliter adficiens; ideo rectè fundo imponitur. Impoſitum hoc jus fundo, quis dominum uti prohibeat ſuo arbitratu? Iter, actus, via ſunt ſervitutes prædii, in univerſum utiles & neceſſariæ, quæ proinde fundis jure ſervitutis recte imponuntur: Impoſitæ quomodo velit Dominus, etiam voluptatis causâ, quominus exerceantur, nihil impedimento eſt. Verum aliter multo ſe res habet, in jure pomum per otium decerpendi, ſpatiandi, ludendi, ſaltandi in alieno. Hæc in voluptatis ſenſu ordiuntur & conſumuntur; non cohærent, inquam, fundo, non poſſunt ei imprimere qualitatem ut juris in re characterem. Non habent uſum voluptatis acceſſorium, ſed omnem & unicum. Nihil in illis eſt aliud: Ideoque nihil ad ſervitutem hæc eadem pertinere, non ex inani ſubtilitate, ſed è populari & ſolidâ rerum comparatione Veteres arbitrati ſunt. A quo nec in docendo, nec in conſulendo, nec in judicando recedere fas ſit. At verò materiam Pactorum, quæ nihil honeſtum licitumve repudiant, ab hujuſmodi voluptuariis non abhorrere facile conceditur. Quicquid turpe vel impoſſibile non eſt, aut lege prohibitum, Pactis & ſtipulationibus comprehendi poteſt. *Tit. de Inutil. Stipulat.*

15. His bene perceptis, non eſt, quod de iſta Cenſura ab hoc loco amoliendâ ſolliciti ſimus. Nihil verius, prudentius & civilius in omni Arte noſtra videtur eſſe proditum; quam, quod Juris Auctores pro Servitutibus prædiorum, juribuſque, fundis characterem æternum imprimentibus agnoſcere noluerunt, actus mere voluptuarios, in hominum imaginatione, non in reali qualitate vel civili utilitate prædiorum conſiſtentes: qualia ſunt ea, quæ in *pr. d. l.* 8. & à nobis ſuperius enumerata ſunt. Denique, ſi jungantur hæc iis, quæ *in Prælect. ad h. t. n.* 6. collocata ſunt; vix erit, quod ad hujus abſolutionem Quæſtionis deſideretur. Planè, quominus Servitutes voluptatis causâ conſtitutæ vim pacti habeant, & per modum exceptionis proſint, nihil obſtat; modò tum hoc teneamus, quod ſuperius obſervatum eſt, exceptiones pacti tantum dari adverſus eos, qui obligati ſunt, eorumve heredes, non etiam contra tertium poſſeſſorem, quâ in re differentiam juris in Re & ad Rem quod dicitur, conſiſtere notum eſt. Ideoque ſi nihil aliud vellent Cenſores, vix erat, ut quicquam hac de re diſſenſionis, quæ non eſt oppido magna,执 ſupereſſe poſſet.

Paulus Lib. xv. ad Sabin.

Servitutes prædiorum ruſticorum, etiamſi corporibus accedunt, incorporales tamen ſunt, & ideo uſu non capiuntur: vel ideo, quia tales ſunt Servitutes, ut non habeant certam continuamque poſſeſſionem. Nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire poteſt, ut nullo modo poſſeſſio ejus interpellari videatur. Idem & in Servitutibus prædiorum Urbanorum obſervatur L. 14. in pr. d. Servitut.

1. Contra hujus textus rationes varie diſputatur. An & quatenus Servitutes omnium hodieque uſucapiantur, in *Prælect. ad tit. Comm. Præd. n. 5.* diximus. Quare uſucapio illa propric non conveniat, Paulus hic geminâ ratione firmat. Primâ, quia ſervitutes ſunt incorporales, ideoque non poſſidentur *l. 43. §. 1. d. A. R. D.* Secunda ratio Pauli, propria ſervitutibus ruſticis eſt, quia non habent certam continuamque poſſeſſionem; eo quod nemo tam perpetuo & continenter ire agere poſſit, ut poſſeſſio non interpellata dici queat. Atqui hoc etiam de rebus corporalibus, quarum certè eſt uſucapio, prædicari poteſt. Sicut enim non continuò ire agere poſſumus, ita nec continuò rei corporali incumbere licet, quando ſæpe abſumus. Quare, cum hoc non interrumpat poſſeſſionem & uſucapionem; cur ſimilis intermiſſio id in ſervitutibus efficit? Neque vero in urbanis ſervitutibus; (ut Paulus, dum hoc de ruſticis ſpecialiter adfirmat, indicare videtur;) continuum poſſeſſionis exercitium eſt, quale certe non eſt in ſervitute ſtillicidii, fluminis & ſimilibus; præter quod in his quæ in non faciendo conſiſtunt, nulla poſſeſſionis ſimilitudo apparet. Verum eſt, eas ſervitutes cauſam & aptitudinem habere continuam, ſed hoc etiam de ruſticis adfirmatur *l. 28. d. S. U. P.* Adeo, ut diſtinctio Doctorum in Servitutes continuas quæ ſint urbanæ & diſcontinuas, quæ ruſticæ ſint, vix habeat rationem; cum, quoad cauſam & potentiam omnes continuæ, quod ad exercitium in utroque genere quædam ſint diſcontinuæ.

2. Quid ſibi vult igitur Paulus, quod non contentus, reddidiſſe rationem, cur ſervitutes uſu non capiantur, quia ſunt incorporales; addit etiam hanc quaſi propriam Ruſticis rationem, quod non habeant certam cotinuamque poſſeſſionem? Ad hujus rei defenſionem cum Rævardus *tract. ad L. Scribon.* nihil aliud prætuliſſet, quam Paulum per *certam continuamque poſſeſſionem in hac L. 14.* intelligere non talem, qualis in uſucapione deſideratur, ita ſubjungit; *Hæc ſi conſideraſſet Eguinarius Baro, non eam Paulo feciſſet injuriam, ut contenderet hujus rei rationem non ſatis virum prudentiſſimum habuiſſe compertam.* Neque tamen ipſe quicquam adſert; quo difficultates ſupra expoſitæ removeantur. Ergo nos in *Digreſſ. part. 2. lib. 2. c. 17.* ita conjecimus; Verba ibi noſtra hujusmodi fuerunt; Ego Paulum neque cum Eguinario Barone, imperitiæ accuſem, nec cum Rævardo, defendendum, quod is parum liquidè facit, ſuſcipiam; ſed cum Donello 11. *Comm.* 11. dicere malo, eam rationem à Paulo non videri adſeverate, ſed περιβληματικῶς, aut negligentius eſſe poſitam. Hactenus *in Digreſſionibus d. loc.* Verum ita non abit hic locus ἀσύμβολος à cenſurâ. Vellem Rævardus, quâ in re

diſcri-

diſcrimen, inter continuam & diſcontinuam poſſeſſionem; in ſervitutibus & in rebus corporalibus conſiſtat, explicuiſſet. Tu vide iis, an hæc res ita comprehendi poſſit.

3. In Uſucapione requiritur poſſeſſio continua; quæ cum non ſit in ſervitutibus, in acquirendis hiſce merito prohibita eſt Uſucapio, cum per rationes Pauli in *h. l.* 14. tum per legem Scriboniam in *l.* 4. §. *ult. d. Uſucap.* Veteres tamen ante legem Scriboniam Servitutes uſucapione biennali, ſicut res immobiles uſucapi poſſe voluerunt, ut prohibitio Scribonia *d. l.* 4. §. *f.* & Paulus in *l.* 1. *ſent. t.* 17. §. 1. & Aggenus Urbic. *in Frontin. de limit. agror.* probant, quod in *d. c.* 17. *Digreſſ. n.* 2. demonſtravimus; idque propterea, quod ut poſſeſſionis inſtar aut *quaſi* poſſeſſio, in ſervitutibus intelligitur, ita nihil vetaret, Uſucapionem analogicè & impropriè illis applicari, Quam poſtea viſum eſt, è terminis Artis eliminandam eſſe, quia poſſeſſio non ut in corporalibus, certa & continua eſſet. Nam etſi fundo aliiſve rebus corporalibus non ſemper incumbimus, neque manu ſemper eas vel corpore premimus, tamen res ipſa poſſeſſionis actu primo & ſignato fixa evidensque manet ob oculos; fundus ſcilicet, aut domus, quem vel quam abſentes poſſedimus, retinemus. Verum in Servitute nihil eſt quam uſus, poſſeſſio illius in uſu incipit & tota conſiſtit; cum autem Uſus earum, maximè in Ruſticis admodum inſtabilis & interruptus ſit, nihil eſt, quo poſſeſſio ſtabilis & continua dici queat, in ſervitutibus inquam, ruſticis. Nam in Urbanis ſane plerisque res aliter ſe habet; quia prædium dominans, fere eſt in eodem ſtatu, continuo ſemper & æquabili; ut in ſervitute Oneris ferendi, tigni immittendi, altius non tollendi, cæterisque manifeſtum eſt; Etſi in quibusdam forte non multo ſecus ac in Ruſticis, quod ad hanc rem attinet, comparatum eſt, ut fere uſu venit in objectis diſciplinæ, quæ in *contingentibus*, ut Juris-prudentia, verſatur. His bene perpenſis; non videtur eſſe cauſa Pauli reprehendendi juſta; quod cum rationem præcipuam & peremptoriam, quâ Servitutes non uſucapiantur, quia ſunt incorporales, poſuiſſet, addit ex abundanti hanc, quæ ut forte minus exactè & adæquatè ſubjecto conveniat, non caret tamen idoneâ ratione, quam demonſtravimus, applicationis.

Ulpianus Lib. 53. ad Edict.

Cum eo, qui tollendo obſcurat vicini ædes, quibus non ſerviat, nulla competit actio l. 9. d. Servit. Præd. Urb.

Marcellus Lib. 10. Digeſtor.

Gaurus Marcello: Binas ædes habeo, alteras tibi lego; heres ædes alteras tollit, & luminibus tuis officit. Quid cum illo agere potes; & an intereſſe putes, ſuas ædes altius tollat, an hereditarias? &c. Marcellus reſpondit; Qui binas ædes habebat, ſi alteras legavit, non dubium eſt; quin heres alias poſſit altius tollendo, obſcurare lumina legata-

Digitized by Google

legatarum ædium. Idem eſt, ſi alteri ædes, alteri aliarum uſumfr. legaverit &c. Sed ita officere luminibus & obſcurare legatas ædes conceditur, ut non penitus lumen recludatur, ſed tantum relinquatur, quantum ſufficit habitantibus, in uſus diurni moderatione l. 10. d. tit. d. S.U.P.

1. Vicinus meus nullam mihi debens ſervitutem, ædificat in ſuo, contra meas feneſtras, ita ut luminibus meis officiat, eaque obſcuret, quæritur; an hoc prohibere poſſim? Non poſſe me actionem hac cauſâ movere, definit indiſtincte Ulpianus in *l.* 9. Quod ſuprà ad *l.* 10. *d. Uſufr.* diſplicere Cenſoribus in Proprietario, cujus ædium alius habet uſumfructum, vidimus, ita, ut Fructuario dandam putent actionem ad hoc prohibendum: quanto magis actio mihi danda fuerit adverſus eum, qui meas ædes, in quas ille nihil juris habet, altius ædificando obſcurat? Huc pertinet exemplum ſingularis juſtitiæ cauſâ laudatum, Theophili Imperatoris, qui Petronæ Viri nobilis ædes ita ſtructas, ut vicinæ viduæ domum penitus obſcurarent, deſtruxit, auctoremque publicè flagris cædi juſſit, *τὰς ἑαυτοῦ οἰκίας ὑψώσαντα καὶ τῇ αὐτῆς οἰκίᾳ ἐπισκοτοῦντα, quod ſuas ædes extuliſſet ac in viduæ domum deſpicere poſſet*, ut Zonaras refert, ſive ut Manaſſes Poeta hiſtoricus loquitur, quod νυκτοχειρωποίητον viduæ domum feciſſet, *Pro luce noctem ei intuliſſet*, quâ de re nos egimus in *part.* 1. *Digreſſ. c. ult.* Et videtur omnino hæc licentia publicæ utilitatis diſciplinæ, & regulæ Servatoris noſtri Quod tibi nolis fieri, id alteri ne feceris, adverſari. Marcellus ideo poſitionem Ulpiani infinitam civiliter utiliterque limitare videtur, ut ne penitus lumen recludatur; ſed relinquatur quod ſatis ſit, ad diurni luminis moderationem *in fin. l.* 10. Verum hanc limitationem non eſſe referendam ad regulam univerſalem *l.* 9. ſed tantum ad ſpeciem facti, quæ eſt in *l.* 10. quidam haud immeritò arbitrantur, quibus adſtipulati nos ſumus in *d. cap. ult. Digreſſ.* eo quod heredi minus liceat in obſcurandis ædibus à defuncto mihi legatis, cujus ipſe factum & voluntatem præſtare, neque beneficium ejus corrumpere debet, quam in alias domos à teſtatore, cujus ipſe heres eſt, & quem repræſentat, non legatas, nec ab eo profectas.

2. Unde ſupereſt hæc ſententia Juris; Quilibet in ſuo, quam vult ædificare licere altiſſime; cum incommodo licet vicini, cui nulla ad prohibendum ratio vel actio datur, etſi forte domum vicini νυκτοχειρωποίητον, id eſt, penitus reddat tenebricoſam, ut interdiu lumine ſubſidiario opus ſit, *hac l.* 9. *l.* 4. *eod l.* 8. *C. de Servitut. l.* 26. *d. damno infect.* ſub hiſce tamen limitationibus: I. Si ædificans legitimum ſpatium à vicinâ domo, quatenus hoc in civitate receptum ſit, intermittat l. 14. *d. Serv. P.V.* II. Si non excedat altitudinem domibus ex inſtituto Civitatis præſcriptam, quo pertinet, quod de ſtatu ac forma antiquorum ædificiorum cuſtodiendo præſcribitur in l. 11. *S.U.P.* l. 1. *C. de Servit.* l. *pen. C. de ædif. pr.* quod magnum habuit uſum apud veteres, qui tecta ædificiorum plana & ad uſus peculiares ſecreta habebant, in quæ à vicinis ex altiore loco deſpici moleſtiſſimum eſſet; idque ſpecialiter in urbe Româ, poſtquam ab incendio Neronis reſtituta fuerat, tradit Tacitus *l.* 15. *Annal. c.* 43. III. Si non invidiâ ad æmulationem aut vexationem alterius, quod merito non liceat, ædificatum ſit. *l.* 3 *in pr. d. Oper publ.* Unde nihil gaudeat ædificator, *quam ut officiat:* cujuſmodi malitiæ non eſſe indulgendum monet Celſus in *l.* 38. §. *Conſtituimus d. R.V.* eoque pertinet exemplum ſuperius Theophili & Petronæ. IV. Si non offendatur

Digitized by Google

datur agricultura, vel commercium aliudve negotium ad utilitatem publicam ſpectans, quo pertinet exceptio in *l. ult.* §. 1. *C. de Servit.* ubi prohibetur ædificari juxta aream triturandis fructibus deſtinatam, quo Ventus paleam ſecernens inde excludatur. Idem eſt, ſi quis proſpectum theatri vel amphitheatri impediat, *d.l.* 3. *pr. d. Oper. publ. Ubi & alius caſus.* V. Si ædificium, ſeditionis cauſam præbere poſſit, quâ ratione Valerius Publicola domum ſuam altius ædificatam ſubmiſit, ut Plutarchus in *Publicolâ* teſtatur. VI. & Poſtremo addemus, etſi parum opus erat addere, limitationem ab aliis appoſitam, ſi non lædatur jus ſervitutis alteri quæſitum; Id enim in ipſa Quæſiti poſitione ſatis occupatum eſt, ac inde ab initio intellectum.

3. Hiſce requiſitis & limitationibus præſuppoſitis, non metuimus acumen rationeſque Cenſuræ ſuperioris; quia videtur eſſe regula juris, non minus naturalis quam Civilis: Neminem videri dolo facere, qui ſuo jure utitur *l.* 55. *d. R. I* Nemo damnum facit, niſi qui id fecit, quod facere jus non habet *l.* 151. *eod.* Nec alterius incommodum valere poteſt ad jus noſtrum impediendum *l.* 137. §. 4. *d. V. O.* Ac ideo quiſque facere poteſt, quod libet, in ſuo; quatenus nihil in alienum immittat *l.* 8. §. 5. *Si ſervit. Vind.* Hinc cum eo, qui in ſuo fodiens vicini fontem avertit, nihil agi poteſt, nec adeo actionem alter habere debet, ut Marcello videtur, in *l.* 1. §. 12. *d. Aquâ & aquâ pluv.* ſi modo non fecerit, addit JCtus, animo nocendi vicino, quod incidit in limitationem tertiam, modo collocatam. Idem Ulpianus auctor eſt in *l.* 24. §. *ult. d. damno inf.* Aperit aliquis in domo ſuâ puteum, quo aperto, venæ tui putei præciſæ ſunt, non tenetur ille; neque enim tibi damnum dari in eâ re, in quâ ille jure ſuo uſus eſt, exiſtimatur. Cæterum, ſicubi lege Civitatis, etiam hæc limitatio, quæ eſt in fine noſtræ *l.* 10. ne lumen omne penitus tollatur, univerſalis ſtatuatur, id à publicâ utilitatis & honeſtatis diſciplinâ non abhorreret; etſi Jure Civili extra reſpectum heredis & voluntatis defuncti, ac forſitan extra obligationem Proprietarii erga Uſufructuarium, ita non videtur eſſe receptum, ut jam diximus & Gl. obſervat ad *d. l.* 9. *h.*

Pomponius Lib. XXXIII. ad Sabinum.

Si domus tua ædificiis meis utramque ſervitutem deberet, ne altius tolleretur, & ut ſtillicidium ædificiorum meorum recipere deberet, & tibi conceſſero, jus eſſe, invito me, altius tollere ædificia tua; quod ad ſtillicidium meum attinet, ſic ſtatui debebit, ut ſi altius ſublatis ædificiis tuis, ſtillicidia mea cadere in ea non poſſint, ea ratione altius tibi ædificare non liceat; ſi non impediantur ſtillicidia mea, liceat tibi altius tollere l. 21. *d. Servit. Præd. Urb.*

1. Adverſus hanc definitionem diſputat Autumnus, & putat diverſumâ Pomponio ſentire Papinianum, in *l.* 17. *Commun. Præd.* & Paulum in *l.* 8. *Quemad. Servit. amitt.* atque definit in his verbis: *Ideo probanda eſt Papiniani ſententia, quam Paulus ſecutus eſt, quæ mihi non inarguta videtur, eâque hodie utimur.* Vellem Autumnus in Cenſurâ Juris exercendâ minus argute, vel potius, inargutè verſaretur. Nam Papiniani textus in *l.* 17. rem parum ad ad rem pertinet, ut ego lectio-

imponere fundo ſuo proprio, qualem vult, ſervitutem, & concedere vicino jus, ſive ad tempus ſive perpetuum, quod habeat uſum modò & facultatem? In promptu eſt reſponſio: Neminem poſſe facere, quominus leges in ſuâ re valeant: Legem ita ſcriptam eſſe videmus, quam neque juris interpres, neque judex, neque paterfamilias invertere poteſt. Verum eſt tamen, hic nos in ejuſmodi inſtituto verſari, quod in illa ratione non acquieſcit; cum hic ipſas juris rationes ad examen cenſuramque vocemus. Dicendum igitur, naturam ſervitutis ita exigere, cum ſit Jus in re conſtitutum, quod res non homo debet *l. 6. §. 2. in fin. Si ſervit. vind.* quod rem & quemlibet ejus poſſeſſorem comitatur, *l. 1. l. 2. d. tit.* ut rei ſit æquabile, nec deficere poſſit, ubi res extat. Verum, ſi quis aliud rei non inhærens aut æquale jus ſtatuere vult, cum non impediri, per viam pactionis vel contractus id introducere, ut tamen non poſſit hoc eſſe jus, quod res, ſed quod homo debet: unde uſus actionis in perſonam, non in rem naſcatur, ut fieri videmus in *l. 13. pr. Com. Præd.* Hoc enim in univerſum ita eſt, jura quæ non poſſunt eſſe Servitutes, habere tamen effectum Obligationis, quæ perſonalis eſt, non æque juris in Re conſtitui. Summa igitur reſponſio ad hanc objectionem hæc eſt; Quemque ſane liberum eſſe rei ſuæ moderatorem & arbitrum; ut de illa ſecundum ejus naturam pro lubitu diſponat, ſed ita ut leges & formam juris obſervet, non ut ſuper illis erect & comminiſcatur facultates à rei proprietatibus alienas, unde juris ars inepta, deformis & ſibi rebuſque fieret inconveniens. Talis autem eſſet Servitus, non habens cauſam perpetuam; quæ Prædii naturæ ſemper eidem & æquabili non conveniret, ut foret ſervitus Aquam è ſtagno vel lacu non perpetuo ducendi, & Servitus Foraminis, per quod Aqua, nonniſi adſidua manuum opera, emitti poſſet.

2. In contrarium nititur Autumnus; *Et cum navigandi Servitus in lacu conſtitui poſſit, ex l. via 23. §. 1. d. Servit. R. P. cur ex ſtagno & lacu aquæductus conſtitui non poteſt, fugit me ratio.* Non fugeret ipſum, vel ſane lectorem ratio, ſi adderet è textu, *Legem* 23. §. 1. agere de lacu *perpetuo*, qui fluminis inſtar eſt, ac ita ſervitutes, quarum perpetua ſit cauſa, recipit, quod eſt requiſitum noſtræ *Legis* 28.

3. Autumnus; *Non concedi è lacu ſervitutem, Accurſius ideo putat, quia ſæpe areſcunt: tamen convincitur ex verbis legis, Quod à cœlo cadit, inquit* Paulus *h. l. 28. etſi non adſiduè, ex naturali tamen causâ fit, & ideo perpetuo fieri exiſtimatur.* Habet ſpeciem hoc argumentum. In quem locum aliquid è cœlo aquæ, etſi non adſiduò, venit, ejus cauſa naturalis & perpetua eſt *d. l.* 28. Atqui in lacus & ſtagna non poteſt negari, aquam venire de cœlo. Ergo. Sed limitetur propoſitio; In quem locum venit aqua de cœlo, ita, ut res ſive locus ſerviens ſemper idoneus ſit ad uſum ſervitutis accipiendum, ejus cauſa naturalis & perpetua eſt. Atqui tale non eſt ſtagnum vel lacus, cum ſæpius exareſcant, non magis quam ciſterna, è quâ ſervitus conſtitui non poteſt *l. 1. §. 4. de Font.* Atqui in ciſternam venit aqua de cœlo confertius & notabilius quam in lacum vel ſtagnum; ſed tamen ſæpe fit, ut cum opus eſt aquæ hauſtu; ciſterna inanis, ac ita locus ad uſum ſervitutis non magis ſit idoneus, quam lacus ſiccus ad navigandum. Aliud eſt in ſtillicidio; Nam etſi nec illud ſemper caſitet, & aqua ſæpe non minus in eo, quam in ciſternâ nulla ſit, tamen res ſive locus illam Servitutem debens, hoc eſt, tectum vicini, ſem-

per & perpetuò eſt doreum ad ſtillicidium, quoties uſus venit, recipiendum; Et ſic habet illa Servitus cauſam verè perpetuam.

4. Autumnus; *Huic ſententiæ congruum eſt, quod ſcribit Ulpianus in l. 1. d. Flumin. ſi torrens aliqua æſtate exaruit, non ideo minus perenne eſt. Eodem modo ſtagnum temporalem quidem continet aquam ibi ſtagnantem; ſed ideo jus ſervitutis non amittitur, aut ceſſabit, etſi iter aquæ longiora intervalla habeat.* Si non deſinat eſſe perennis aqua torrentis, etiamſi aliquando areſcat, ecquid eſt cauſæ, cur lacus & ſtagna, utcunque in iis aqua ſubinde deficiat, non ſint perpetuæ ſervitutis capacia? Rectè conſuluiſſet Autumnus cenſor, ſi textum integrum exhibuiſſet. Ait Ulpianus; *Fluminum quædam ſunt perennia, quædam torrentia. Perenne eſt, quod ſemper fluit, ἀέναον; torrens, χειμάῤῥους, quod hyeme fluit: Si tamen aliquâ æſtate exaruerit, quod alioqui perenne fluebat, non ideo minus perenne eſt. l. 1. §. 1. d. Flumin.* Ex his liquet, Autumnus quâ fide argumentum ſuum ex hoc loco deduxerit. Ulpianum dixit de torrente ſcripſiſſe, qui etſi quandoque areſcat, perennis tamen ſit, cum id de ſpecie oppoſitâ Fluminis perpetui ſcripſerit Ulpianus, etſi quandoque flumen extraordinario caſu ſiccitatis, exaruerit, haud ideo mox id quod eſt, perenne flumen eſſe deſinere; cum ſatis conſtet, haud incelebribus aliquando fluminibus evenire, ut exquiſita ſiccitate, tam tenui fluant alveo, ut exaruiſſe dici queant; quemadmodum ipſe fluminum pater Rhenus infra divortium Vahalis & inprimis Leccæ, nec minus Iſala, quandoque ad arctitudinem & ſiccitatem inuſitatam rediguntur: & veteres Friſiorum annales de Flevo, extimo Rheni alveo, & quidem maximo, teſtantur, eum aliquando tam arctum ſiccumque fuiſſe, ut aſſere ſuperimpoſito tranſiri poſſet è Friſia majore in minorem, ſive Stauria illuc, ubi nunc eſt Enchuſa, ne de portentoſis aquarum defectibus loquar; ut Sponnius & Læti, Genevenſes hiſtoriographi teſtantur, Rhodanum è lacu apud Genevam elſluum & rapide fluentem, aliquando fuiſſe penitus exſiccatum, ut pedibus tranſiri poſſet. Ejuſmodi caſus extraordinarii non mutant naturam fluminum, æſtimatione Legiſlatoris; Τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δὶς παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται. Quod ſemel aut bis accidit, Legis conditores prætereunt

5. Autumnus; *Præterea jus aquæ hauriendæ ex puteo concedi poſſe, dubitationem non habet l. 1. verſ. ut putealis d. Aqua quot. & æſt. Ergo ex ſtagno aquæductus conſtitui poteſt.* Haud diſpari fide, quâ ex priore textu, hic argumentatur Autumnus; Textum videamus oportet. Ulpianus: *Loquitur autem Prætor in hoc Interdicto de eâ aquâ ſola, quæ perennis eſt: nulla enim alia aqua duci poteſt, niſi quæ perennis eſt. Quanquam autem ad perennes aquas diximus hoc interdictum pertinere, ad eas tamen perennes pertinet, quæ duci poſſunt. Cæterum, ſunt quædam, quæ etſi perennes ſunt, duci tamen non poſſunt, ut puta puteales, & quæ ſunt ita immerſæ, ut defluere extra terram & uſui eſſe non poſſint: ſed hujuſmodi aquis quæ duci non poſſunt, hauſtus ſervitus imponi poteſt l. 1. §. 3. & 6. d. Aqua quotid. & æſt.* Quid ſibi vult *Autumnus*? Diſerte Ulpianus ad ſervitutem ſive Aquæductus ſive Aquæhauſtus, requirit perennitatem aquæ ducendæ vel hauriendæ. Prout loci habitus, ita vel Aquæ ductus vel hauſtus inſtituitur; Ductus, ſi aqua ſit in alto vel in plano ſita, Hauſtus, ubi aqua eſt depreſſa, veluti putealis, aut immerſa, ut Ulpianus ipſe diſſerit. Attamen & putealem & immerſam omnino perennem eſſe debere ſtatuit, ut ſervi-

tutem

tutem recipiat; Dari puteos perennes, quorum venæ vix unquam areſcant, non eſt, opinor, quod probare neceſſe ſit.

6. Autumnus adducit Paulum in *l. Servitus* 9. *d. Servitut. R. P.* ubi; *Servitus aquæ ducendæ, vel hauriendæ niſi ex capite, vel ex fonte conſtitui non poterat: hodie tamen ex quocumque loco conſtitui ſolet.* Quare, pergit Autumnus, *ex ſtagno ſervitutem aquæ ductus & hauſtus concedere licet, & hoc jure nos uti, nemo eſt, qui ambigat.* De uſu, poſtremo videbimus. Sed argumentum *d. l.* 9. hujuſmodi; Aquæductus è quolibet loco conſtitui poteſt. Ergo etiam è lacu & ſtagno, nihilo melius eſt, quam è reliquis textibus educta vidimus. Quod ſervitus ex *quocunque loco* dicitur hodie conſtitui ſolere, de quovis loco fluminis accipiendum, non de quovis alio, etiam de lacu vel ſtagno, ne quis erret: Nam olim nonniſi è fonte vel è capite, unde manat aqua, Servitus conſtitui poterat; Caput enim ita ſumi, docet Ulpianus in *l.* 1. § 4. *d. Aquâ quotid. & æſt. Caput aquæ illud eſt*, ait, *unde aqua naſcitur: ſi ex fonte naſcatur, ipſe fons; ſi ex Flumine vel lacu, prima incilia vel principia foſſarum &c.* Deinde ſatius viſum eſt, â quavis parte fluminis, cum ubique vivax & perennis aqua ſit, permittere ſervitutes conſtitui; ſalvâ tamen ſemper continuitate cauſæ, in uſu primo non ſecundo & actu exercito ſervitutis, ut jam dicere occupavimus.

7. Hactenus contra Autumnum. Neque tamen ita defuncti ſumus omni difficultate, quin hujus legis ſententia cum uſu naturâque negotii & cum ratione pugnare videatur. *Servitus Foraminis*, ait Paulus, in *imo pariete conclavis vel triclinii, pavimenti proluendi causâ*, non poteſt conſtitui; *neque enim perpetuam cauſam habet, quod manu fit. Niſi aliquid illuc è cœlo aquæ veniat; hoc enim, etſi non fiat, à causâ tamen naturali fit.* Sic igitur eſt ſententia Pauli, non poſſe talem dari ſervitutem, quâ mihi per foramen imi parietis mei, ſordes Pavimenti in ſolum vicini immittere & extrudere liceat, quoniam hoc nonniſi manu admotâ, interdum fit, cujus rei cauſa non eſt naturalis; Ideoque naturæ ſervitutis nullo modo convenit. Ita Juris Conſultus. Sed Groenewegius ad *h. legem*, non dubitat, *quin hoc qualecumque foraminis jus, ad inſtar tamen ſervitutis cloacæ exploſâ Romani Juris ſcrupuloſâ ſubtilitate, tuitione Prætoris conſervandum ſit ei, qui hoc legitimo tempore poſſedit, arg. l. de Aqua. in fin. Comm. Præd.* Quod mirum non eſt, cum ejuſmodi ſubſidiaria tuitio Prætoris, etiam Juribus, quæ ſervitutes non ſunt, applicetur, quod ipſa *Lex De aqua* 2. *d. t* diſerte docet. Sed nec ego tamen dubito, quin hujuſmodi ſervitus Foraminis, ut eam Groenewegius accipit & explicat, hodie ſit vera ſervitus, noti & frequentiſſimi uſus: Scilicet, ut liceat per foramen ſui parietis manu extrudere ſordes in aream vicini, quomodo tam Groenewegius & Cujacius XI. *Obſer.* 3. quàm generaliter Interpretes, illam Foraminis ſervitutem accipiunt. Nec aliter Juris rationes dictare putem. Quid enim? Servitus non valet, quia manu opus eſt ad illam exercendam? Imo Servitus cloacæ ad immittendam in aream vicini colluviem, prorſus ejuſdem valoris eſt, quæ non minus manu fit, quam hæc foraminis ſervitus, imò vix ab iſta differt. Servitus effundendi aliquid in ſolum vicini *l* 8. § 5. *Si ſervit. vind.* nonne manifeſto manum & intermiſſionem requirit? Denique, pedum an manuum miniſterio Servitus exerceatur, quid intereſt? Pedibus, idque nec continuo, Iter exercetur.

Digitized by Google

& eſt Servitus illa, habet ne cauſam perpetuam motus manuum, magis quam pedum? Idem eſt in Actu, Viâ, Aquæ hauſtu, Pecoris ad aquam appulſu, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ & pleriſque aliis, in quibus & manuum & pedum exercitio ſæpius interrupto opus eſt. Attamen has ſpecies bene proprieque Servitutes eſſe, nemo dubitat, neque diſcrimen hac quidem in re liquet à Servitute Foraminis ullum. Quid igitur ad Eunomiam?

8. In *Prælectionibus ad tit. Comm. præd. n.*7. ita inſtituimus, in ſummâ; Foramen, cujus ſervitutem Paulus negat acquiri poſſe, non eſt concipiendum in ima parte parietis noſtri, ſive ejus cui ſervitus debetur, ut Cujacius, Groenewegius cæterique volunt: hæc enim eſt eadem fere cum ſervitute Cloacæ: Sed ut Accurſius & Vivianus olim rectè putarunt, in imo pariete domus vicinæ, quæ ſervitutem debet. Et manus, quâ opus eſt ad ſordes eluendas, eſt manus vicini ſervientis, non dominantis, cujus manu pedibuſque fere ſemper opus eſt in uſu ſervitutum; contra quam ſervientis; hujus enim factum non facit materiam ſervitutis, ſed patientia & non faciendi lex *l.* 15. §. 1. *d. Servitut.* Sic igitur Servitutem foraminis à Paulo rejectam hoc modo, inquam, cenſeo, accipiamus. Paterfamilias eget aquæ putealis ad ſordes pavimenti ſui eluendas. Vicinus in proximo habet puteum aquæ Vivæ, unde ille per machinam educit aquam: Paciſcor ab illo, ut ſuum parietem aperiri patiatur, ejuſque homines mihi per illam machinam *Pompæ*, quam vocant, à πομπὴ *miſſio*, forte, aquam in meum Pavimentum per canalem à me faciendum *Emittant*. Quominus ejuſmodi Conventio ineatur, nihil obſtat: Servitus autem ita nulla condi poteſt: quia factum ſervientis & quidem interruptum non convenit naturæ ſervitutis. Continuitas cauſæ, quam ſervitutes requirunt, in hoc conſiſtit, quod prædium ſerviens perpetuo & æquabiliter idoneum ſit ad uſum actumque, etſi non continuum, ſervitutis recipiendum, ſine ullo, inquam, facto ſervientis: Atqui, cum Aqua manu ſervientis educenda eſt ex ipſius puteo ac in vicini domum vel triclinium derivanda; tum ſerviens prædium non eſt per ſe ac æquabiliter idoneum ad uſum ſervitutis; cum identidem prius Opera manuſque ſervientis exigenda ſit: Nemo non videt, hunc circuitum à natura ſervitutis & juris in re conſtituti eſſe alienum. Nec aliter hodieque in medio foro uſuque hominum puto exiſtimatum iri, quam ejuſmodi conventionem non eſſe Servitutem, ſive jus prædio & cunctis ejus poſſeſſoribus impoſitum; ut manus ſuas alieno ſervitio commodare cogantur, cum hoc potius perſonali quam reali aut prædiali ſervituti convenire videretur.

9. Supereſt alter in *d. l.*28. ſcrupulus. Quod, ſi aqua è cœlo veniat in eum locum, ubi foramen eſt, Servitus rectè conſtitui dicitur; cum id tamen aliter ſit in Servitute, quam quis è ciſternâ alienâ acquirere velit, ut *ſupra* vidimus. Cur, inquam, ſi non poteſt deberi ſervitus è ciſterna, in quam aqua de cœlo venit, Foraminis Servitus valere dicitur, ubi aliquid è cœlo aquæ in eum locum venit? Eſt quidem verum hoc; in ciſternâ poteſt aqua deficere, ut cum opus eſt ſervitutis uſu, aqua ceſſet, ac ita ciſterna non ſemper & æquabiliter idonea ſit ex ſe, ad uſum hujus ſervitutis: At vero ſic etiam in hac ſervitute Foraminis uſu venit; Opus eſt aquâ in uſum pavimenti quotidie, cum aqua tamen è cœlo cadens ſæpe deficiat, ac ita, cum opus eſt eluendis ſordibus, nihil extet aquæ; proinde locus,

etiam

Digitized by Google

etiam non ſit idoneus ex ſeſe, ad uſum ſervitutis. Hanc rem ita concipiemus; Servitutem foraminis eſſe talem, quando vicinus pati cogitur, ut foramen ſit in ipſius imo Pariete, meo commodo, ut aqua cadens in receptaculum quoddam, juxta foramen illud, per canalem in meum triclinium deduci poſſit. Ibi primo nullum eſt factum ſervientis, ut erat in altera interpretatione; Receptaculum & foramen illud ſemper idoneum eſt, *paſſive*, quod hic requiritur, ad aquam è cœlo venientem recipiendam; quod cum naturaliter omni die fieri queat, merito cauſam dicitur habere continuam, prorſus ut in ſtillicidio manifeſtum eſt. Adeo ut hæc ſervitus Foraminis comparari non debeat cum ſervitute Aquæhauſtus è ciſternâ, ſed potius cum jure derivandi aquam ex alieno in ciſternam noſtram, quod etiam non continuó fit, ſemper tamen fieri poteſt. Atque ita univerſum hujus textus argumentum ad Eunomiæ regulas exegiſſe videmur: Etiam, niſi fallor ad ſimplicitatem uſus communis, in Foro minime adſpernandam; ſiquidem omnia bene percepta idoneo ſenſu, ad ipſam rerum civilium naturam Artiſque juridicæ œconomiam adhibita, minus à judicio communi, forenſique applicatione deprehendentur abhorrere, quam viſum Pragmaticis illis. Nemo dicet, opinor, hodieque ſervitutem eſſe prædialem, qua vicinus mihi per ſuam machinam ſuis ſuorumve manibus movendam quotidie ſuppeditet aquam in uſum mei triclinii.

Paulus Lib. III. Reſponſ.

Eos, qui jus luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi nullo jure feneſtram immiſiſſe reſpondi l. 40. d. Servit. Præd. Urb.

1. Cenſura Cujacii 1. *Obſ.* 31. Quorſum, ait, Lex *Eos d. Servit. P.U.* feneſtras aperto pariete communi, immitti non poſſe? An non idem juris eſt in proprio pariete? Præſertim, cum utroque caſu ſit locus illius Philoſophi ſententiæ, Μηδὲν διαφέρειν ἢ τοὺς πόδας ἢ τοὺς ὀφθαλμοὺς εἰς ἀλλοτρίαν οἰκίαν τιθέναι, ut inde ſit neceſſaria ſervitus luminum, quæ ab Cajo feneſtra appellatur in *lib.* 2. *Inſtit.* id eſt, jus feneſtræ immittendæ, ut hoc jure nobis liceat aperire feneſtras, quas equidem ſæpe opinor & lumina appellari, ut apud Ciceronem *lib.* 2. *ad Atticum*, *Radiorum*, ait διαφανεῖς, latis luminibus non tam ſolere eſſe ſuaves. Cæterum in *l. eos*, Conſtantinus Harmenopulus legit, *pariete cœco*; ſic enim vertit *lib.* 2. *epitom.* ὁ μὴ ἔχων δίκαιον φωταγωγῶν θυρίδων ἢ δοκῶν τυφλὸν τοῖχον ἀνοίγειν, ἢ ποιεῖν θυρίδας, quod etiam confirmant, quæ tradit *in tit.* περὶ θυρίδων ἀνοιγομένων ἐν τυφλῷ τοίχῳ. Quid igitur ſi ſic legamus, *Eos qui jus immittendi luminis non habuerunt, aperto pariete cæco, nullo jure feneſtras immiſiſſe reſpondit*? Paries cœcus eſt, qui feneſtras non habet, ut apud Virgil. *lib.* 5. *Æneid.*

Parietibus textum cæcis iter; ancipitemque
Mille viis habuiſſe dolum.

2. Hactenus Cujacius; huic textui, ut legitur apud Florentinos & vulgo, rectum conſtare ſenſum negans; eo quod nec in ſuo peculiari pariete, nullo jure ſervitutis acquiſito, cuiquam liceat immittere feneſtras, unde in alienum deſpiciat: quod ita juris eſſe non probat ex Jure, ſed è Plutarcho *lib.* περὶ πολυπραγμοσύνης,

 ubi

Digitized by Google

ubi Xenocratem illis verbis, quæ ſuperius græce expreſſa ſunt, uſum eſſe teſtatur; latine ſic ſunt, *Nihil intereſſe, pedes aliquis, an oculos in alienam domum immittat.* Proinde, ſi nec in proprio pariete peculiari id faciat, ineptum eſt, id de communi pariete, in quo certum eſt, invito ſocio, nihil in præjudicium alterius fieri poſſe, commonefacere. Sed Cujacius nulla ratione putat, in proprio pariete quemque feneſtras, è quibus in alienum ſolum deſpiciat, habere non poſſe, niſi luminum ſervitute prius acquiſita. Nos aliter exiſtimamus, per ea quæ *paulo ſuperius ad l. 9. & 10. h. t.* demonſtrata ſunt; Unicuique licere facere in ſuo, quod libet, etſi cum vicini incommodo; ſi modo nihil in ejus ſolum immittat, ſicut profecto non facit, qui oculos in alienum immittit, quod Xenocrates & Cujacius volunt. Fumi eſt immiſſio l. 8. §. 5. *Si Servit. Vind.* Viſionis immiſſio nulla eſt. Nam etſi maxime viſio non fieret per receptionem ſpecierum, ſed per emiſſionem radiorum, etſi prius à philoſophis crebrius, ut puto, receptum ſit; quid tamen illa radiorum ex oculis (ipſi enim oculi manent, opinor, in locis ſuis) immiſſio, ad uſum ſervitutis? Moleſtiam ex aliena curioſitate, qua vicini actiones alius rimatur, notavit Xenocrates; quo reſpectu ſane utrum pedes, an oculi immittantur, nihil intereſt. Sed pedes in alienum, invito domino, inferre non licet *l. 13. §. ult. d. Injur.* Oculos immittere in alienum quis prohibeat, cum nihil aliud in omni vita fiat? Et cum mihi de pariete meo quod libet facere liceat, quidni fas ſit, per rimas ejus, vel aperturam jure dominii à me factam, inſpicere in alienas ædes aut aream? Si moleſtus ſum vicino, liberum eſt ipſi aliquid attollere & obſtruere meis feneſtris, ut homines vulgo ſervant, nec ea res habet dubium juris aut Uſus communis. Ut mirari liceat, tam levi cauſa motam eſſe criſin à Cujacio; etſi magis miror, eam placere potuiſſe Mornacio; niſi quod impoſuit ei collatio Græcorum, qui legiſſe videntur, etiam Baſilici, in hoc Pauli loco, non *communi*, ſed *ex eo*. Sed communis lectio tam certâ juris ratione & evidentiâ ſenſus uſuſque communis nititur, ut Græcis hac in re minime auſcultandum putem, quod plus & ſæpius æquo facit Cujacius.

3. Eſt tamen argumentum, quod adhuc opponitur; Datur *ſervitus luminum*, quæ non daretur, ſi lumina jure ſuo quilibet in parietibus ſuis habere poſſet. Ad hanc objectionem Wiſſembachius noſter ita reſpondet, in *Comment. ad h. t. à pr. Fas nobis eſt & liberum, feneſtras in pariete noſtro poſitas habere, luminis hauriendi causâ l. 9. h. t. Sed vicinus, opere juxta parietem noſtrum erecto, luminibus noſtris officere non prohibetur, niſi impoſitâ ſervitute luminum, impediatur.* Minus ex uſu, Præceptori noſtro in mentem venit, confundere ſervitutem altius non tollendi, vel luminibus aut proſpectui non officiendi, cum Servitute luminum. Quæ non eſt hæc, ut vicinus patiatur lumina noſtra libero gaudere proſpectu. Quid ſibi velit, ipſe textus indicat *in d. l. 4. Luminum ſervitute conſtituta, id acquiſitum videtur, ut vicinus lumina noſtra excipiat*; hoc eſt, ut aperto ſuo pariete patiatur, ut ego feneſtras in eo ponam, & per eas lumen pro meis ædibus hauriam. Plura videſis hac de re in *Prælect. ad d. Tit. Comm. Præd. n. 5. 6. 7. & 9.*

Scævola

Scævola Lib. I. ReſPonſor.

Olympico habitationem & horreum, quod in eâ domo erat, quoad viveret, legavit. Juxta eandem domum, hortus & cœnaculum, quod Olympico legatum non eſt, fuere. Ad hortum autem & cœnaculum per domum, cujus habitatio relicta erat, aditus fuit. Quæſitum eſt, an Olympicus aditum præſtare deberet: Reſpondi, ſervitutem quidem non eſſe, ſed heredem tranſire per domum ad ea, quæ commemorata ſunt, poſſe: Dum ne noceat legatario L. ult. d. Servit. P. U.

1. In hunc textum Cenſuræ ſpicula fixerunt Autumnus *hîc*, & Groenewegius *ad eandem L.* Autumnus cum cenſorio ſupercilio, *At ego*, inquit, *heredi aditum per domum non eſſe præſtandum puto, ſi aliunde viam habeat, ſecundum Marcellum L. damnas eſto 36. d. Uſ. & Uſufr. leg.* Atque ego, ait Groenewegius, *ſic etiam ſentio, niſi heres aditum à legatario redemerit l. 44. §. ult. d. Legat. 1.* Sed cum uterque textus agat de fructuario, non de proprietario, ut hic; & cum neuter ille textus agat de caſu, quo per alterum prædium ſemper ad alterum fuerat aditus, ut hic; à ſeparatis male infertur. Hic eſt ita: Teſtator habuit domum & hortum, in quo erat cœnaculum, ut habere ſolent homines beati; In hortum ſemper aditus fuerat, per domum; an alius fuerit aditus, non exprimitur. Hanc domum cum adjuncto horreo dominus legavit Olympico liberto ad vitam; ſed hortum cum cœnaculo reliquit apud heredem. Hic aditurus in hortum, voluit tranſire per domum; Libertus occludit fores. Dominus conſulit, an non habeat aditum in hortum ſuum per domum Olympico, dum viveret, legatam; Scævola reſpondet, habere.

2. Sed Autumnus, *Ridiculum*, inquit, *eſt reſponſum Scævolæ, pace tanti magiſtri dixerim. Ait enim, Servitutem non eſſe ſed heredem tranſire poſſe; ac ſi diceret, iter non deberi, ſed jus eundi.* Si dicerem, eſſe ridiculam hanc arrogantiam cum pace tanti Cenſoris, non facerem illi tantam injuriam, quantam ille facit Scævolæ. Non eſſe ſervitutem recte ſcribit Scævola, quia conſtituta non eſt ab eo qui jus illam conſtituendi habebat. Quia tamen ſemper ad hortum aditus ad domum fuerat, hæc videtur fuiſſe voluntas Teſtatoris, ut uſusfructus domus, ita quemadmodum hæc ſemper habita fuit, exerceatur; nec propter uſumfructum jus proprietatis minuere voluiſſe videri poteſt Teſtator, *d. l. 15. §. 1. d. Uſu & uſufr. leg. ubi ſecundum voluntatem defuncti, videtur id exigere ab herede* Uſufructuarius. Ergo magis heres tanquam dominus, à fructuario. Autumnus ſupponit, jus eundi neminem habere, quam qui ſervitutem Itineris habet, quod eſt falſæ hybotheſios. Nam dominus habet jus eundi per ſuum aut jure ſuo, qui tamen non habet ſervitutem. Qui locat fundum ſuum alii fundo proprio, quem colit, vicinum, è quo redire non poteſt, niſi per aliquam partem fundi locati, per quem ſemper eundi mos fuit, hic etiam poſt locationem, eundi jus retinebit, ut puto; neque locato fundo, per quem tranſitus ad alterum fundum neceſſarius & ſemper fuit, ejuſmodi locatione jus illud eundi remiſiſſe videtur. Idem hic Scævola cenſet, & eſt hic locus ei rei argumento. Quid ergo; ſi quis vendiderit è duobus ſuis fundis vicinis alterum, per quem è priori ſemper fuit tranſitus, an hunc etiam ſibi reſervaſſe

ſervaſſe videtur tranſitum? Non videtur, *arg. l. 30. in pr. h. t.* ubi ſunt duæ domus, quarum una ſerviit alteri; ſervientem dominans emit: Et uſus ſervitutum exinde, jure dominii, continuatus eſt. Inde rurſus eaſdem ædes vendidit, neque ſervitutem renovavit; domus eſt libera. Jus enim emptionis venditionis efficacius, quam uſusfructus conſtitutio ut in *h. l. ult.* An non dicere licebit, jure quidem ſervitutis non eſſe jus itineris; eſſe tamen eundi facultatem, ut hic diſtinguitur? Non videtur. Emptor emit domum liberam, quæ libertas hoc modo non debet interverti; & venditor imputare ſibi debet, quod eam legem non dixit. Quid ſi Olympico jus plenum & perpetuum horrei ſit legatum? Plura quæ habet Autumnus ad rem minus pertinentia non perſequar, etſi ex illis concludit, ita fere, ut incepit; *Explorati juris eſt, heredem non poſſe tranſire per domum Olympici.* Nos Scævolæ reſponſum & æquitati conſentaneum, nec juris rationi adverſum putamus; quod *pace tanti Magiſtri*, qualem Autumnus ſe fert, qui Lectores audet increpare, quod ſuis, ſcripta ab aliis, præſertim à veteribus, præferre non verentur, dictum volumus.

Ulpianus Lib. 2. Inſtit.

Servitutes ruſticorum prædiorum ſunt hæ; Iter, Actus, via, aquæductus. Iter eſt jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi. Actus eſt jus agendi vel jumentum vel vehiculum. Itaque qui iter habet Actum non habet; Qui actum habet & iter habet, etiam ſine jumento. Via eſt jus eundi & agendi & ambulandi: Nam & iter & actum & ſe via continet l. 1. in pr. d. Servit. P. Ruſt.

1. Eadem ſcripta ſunt à Juſtiniano, vel potius, hinc deſcripta, in *pr. Inſt. de Servit.* niſi quod ibi poſt verba, *jumentum agendi*, additur, *vel vehiculi*, & quod ultima verba ſic ibi habentur, *Nam & iter & actum via in ſe continet*, unde hunc locum emendare liceat, ut pro, & ſe, legamus, *in ſe* quod & crebro receptum eſt. Has definitiones, poſt Hotomannum, exagitat Ægidius Menagius in *Amænit. Jur. Civ. c. 54. epiſt. ad Fabrotum*, qui reſponſionem ei condixerat, quam extare non comperi. Sed Hotomannus *Comm. ad Inſt.* primo definitionem itineris abſurdi arguit; quod, cum is, qui Iter habet, jumento per illud vehi poſſit, agere tamen jumentum non poſſit. *Ergo qui iter habet*, inquit, *etſi jumento vehi poſſit, l. 12. d. S. R. P. tamen illud manu ducere non poteſt, quod quid ſtultius aut abſurdius dici poſſit, non video: Reponendum igitur*, ARMENTUM. Qua voce cum grex pecudum ſignificetur, illam itineri non convenire perſpicuum eſt. Sed eſt durum, tot loca de *jumento* conſententia ſtatuere corrupta *d. l. 6. & pr. Inſt. de Servit. l. 7. d. S. R. Pr. &c.* Forte non eſt vera, quam nectit Hotomannus, ſequela; Iter non eſt jus agendi jumentum; Ergo equum, cui inſederis, manu ducere non licet. Aliud enim eſt ducere jumentum cui inſederis; aliud agere jumentum ante ſe, non unius duntaxat, ſed *collectivè*, quot uſu veniat. Agere jumentum onus portans, non eſt itineris; duci aliter equum à ſeſſore, non eſt ideo prohibitum. Ergo magis eſt ut abſtineamus emendatione.

2. Sed nec Actus definitione contentus eſt Hotomannus; quod ſit, jus agendi ju-

Digitized by Google

di jumentum aut vehiculum: Vult ita Legi; Actus eſt jus agendi jumentum, *non etiam* vehiculum: quo facit, quod Baſilici Actus definitionem ita vertunt, in *b. l.* 1. Πάροδός ἐστι, τὸ ἐλαύνειν θρέμμα ἢ ὑποζύγιον. *Actus eſt jus agendi pecus vel jumentum*; amoto vehiculo. Idem probari videtur ex *l.* 13. *d. Servit. Sed ſi jumentum ea duci poterit*, *non etiam vehiculum*, *Actus videbitur acquiſitus.* Neque tamen hæc emendatio admittenda videtur, quia nihil eſt certius, quam in Actu ineſſe jus agendi vehiculum *l.* 7. *l.* 12. *d. Serv. R. P. l.* 11. *Quemadm. Servit. Amitt.* Sed in *d. l.* 13. traditur exceptio; ſi tam anguſti loci demonſtratio facta ſit, ut jumentum eâ duci queat, non etiam vehiculum; quia tamen plus eſt quam Iter, adhuc Actum, etſi imperfectum, appellamus. Ergo male Hotomanus, ex imperfectione, ad naturam Actus argumentatur. Quod ad Baſilicos attinet; Menagius pro θρέμμα, *pecus*, legendum in illis putat, ὄχημα, *vehiculum*, ut cum Ulpiano, Modeſtino, Marcello & Juſtiniano conſentiant. Niſi quis ita putet, Græcos ὑποζύγιον *jumentum* ita accepiſſe, quemadmodum Romani veteres apud Gellium *l.* 20. *c.* 1. accepere *jumentum*, ut etiam *vectabulum: quod adjunctis pecoribus trahebatur*, comprehenderet: ſed tu potius cum Menagio legas ὄχημα, cenſeo, pro θρέμμα; vel latinos conditores Juris præferre græculis Interpretibus non dubitabis.

3. Sequitur definitio Viæ, quod ſit, *jus eundi & agendi & ambulandi*; contra quam Menagius duo profert argumenta cenſuræ, quibus à Fabroto reſponderi deſiderat; *Ire aliud quidem eſt*, ait, *quam ambulare &c. Sed ad ſpatium, quod attinet, idem eſt, ire ac ambulare: atque eo factum exiſtimo, ut Theophilus verbum ambulandi omiſerit, certe Tribonianus id à verbo, eundi, ſeparare non debuit, nec* τὸ agendi *inter utrumque collocaſſe. Quanto melius* βασιλικῶν *Interpretes*, πορεύεσθαι καὶ διαβαίνειν καὶ ἐλαύνειν? Admodum critica, id eſt, ſubtilis cenſura! Non negatur, τὸ *eundi & ambulandi* habere diverſas ſignificationes. Interpoſitio τοῦ *agendi* eſt omne Juris-conſultorum crimen, quod Baſilici vitarunt, dicendo, *eundi*, *ambulandi*, *agendi*. Etiam ſanè Theophilus τὸ *eundi*, *ambulandi*, unâ voce πορεύεσθαι exprimens. At ſi *ambulare* differt ab *ire*, ut concedit Menagius, potuit abſque ταυτολογίᾳ ingredi definitionem: Ordinem autem verborum quis crimini vertat æquus lector, cenſuræve notâ dignum putet? Maxime, cum nec ratio deſit; Primo exprimitur, quid directè ſit via, *Ire & agere* ſcilicet. Additur *ambulandi*, ut jus etiam redeundi & ultro citroque commeandi intelligatur. Ecquid in eo ſit abſurdi non video; ne dicam τὸ *ambulandi* melius & ſonantius claudere colon, quod forte Criticus ſpernere non poſſit. Sed aliud Abſurdum ſequitur.

4. Secunda Menagii in viæ definitionem nota eſt, quod Via, præter jus eundi, ambulandi, etiam continet jus *vehendi*. Unde viam à vehendo appellatam, & primò *veham* dictam fuiſſe volunt Varro *d. Re ruſt. c.* 2. *lib.* 4. *de LL. & Iſidor. l.* 15. *c.* 16. Quod tamen improbat Menagius, & viam vult eſſe dictam ab ἰῶ *vado*, vel ab Οἶα, græco *Viam* ſignificante. Dein. *Quicquid ſit, ineptè prorſus atque abſurdè Tribonianum feciſſe exiſtimo*, ita pergit, *quod in Inſtitutionibus, in quibus nihil obſcuri, nihil ambigui, ſed omnia clara & aperta eſſe debent; ut pote, quæ legitimæ ſcientiæ prima elementa complectuntur; Actum & Viam ita definiverit, ut non amplius ſit in viâ quàm in Actu; quam tamen, Actum in ſe continere dixerat.* Atqui

non eſt hoc proprium Triboniani vitium; eſt commune cum Ulpiano in *hac l* 1. Quod nec ab ipſo primum, ab aliis pridem eſt animadverſum, eique emendationibus ſuccurrere viſum, ſuffragantibus etiam aliis Codicibus; ut Via dicatur eſſe jus *vehundi & agendi & ambulandi*, prout Connanus, Donellus & Grotius *flor. ſparſ. ad tit. I. de Servit.* Vel hoc modo; *Jus eundi & agendi & avehendi*, *ut* Hotomannus 2. *Obſ.* 21. Tunc enim plus eſt in viâ, quam in Actu, jus vehundi vel avehendi ſcilicet, & Menagii ſcrupulo de ordine verborum & repetitione interruptâ agendi, ambulandi ſatisfieret. Sed ipſe Menagius hæc remedia adſpernatur, & inſtat, abſurdi arguere Tribonianum. Nos alioqui non alieni fuimus ab alterutra harum emendationum: Etſi verum eſt, illis receptis, non tolli hanc difficultatem; in definitione Viæ nihil plus eſſe, quam in finitione Actus. Nam ſi τὸ *vehundi* vel *avehendi* addas, quid aliud habes, quam jus agendi vehiculum, quod eſt in Actu, & hujus definitionem ingreditur?

5. Nihilne igitur amplius eſt in viâ, quam in Actu? Eſt ſane, ut prolixè Cujacius in *lib.* 22. *Obſ. c.* 35. Vinnius in *comment. ad tit. I. de Servit. in pr.* Quid igitur *amplius eſt in viâ quam in Actu*? ait hic: ***Primum hoc, quod via etiam iter in ſe ἀϊποδῶς contineat, ut ſine jure eundi per ſe, via intelligi aut conſtitui non poſſit: in quo ſpecificè differt ab Actu, qui poteſt eſſe ſine itinere ſeparato. Deinde etiam hoc, quod via nunquam eſſe poteſt, ſine jure ducendi vehiculum, Actus poteſt l.*** 13. ***d. Servit.*** &c. ***Illud omnino ex accidenti eſt, quod actus & via aliquando differunt latitudine***, addit. Bene hactenus; ſed ego magis ita exiſtimo; differentiam latitudinis inter Viam & Actum non eſſe ex accidenti, ſed ex inſtituto magis eſſentiali, ut in civilibus eſſe poteſt, & ſpecifico, quam ſunt ea quæ Vinnius profert. Nam hæc differentia, quod via contineat iter ***ἀϊποδῶς eſſentialiter***, Actus ſaltem per conſequentiam, non eſt popularis, ſed metaphyſica magis quam juridica; diſcrimen autem Viæ & Actus ejuſmodi eſſe debet, ut à ruſticis, quibus hæc ſerviunt, intelligi poſſit. Atqui talis eſt differentia latitudinis, quam in Actu Varro & Feſtus ajunt eſſe pedum quatuor, Via duplum ejus continet, ut tradit Iſidorus l. 15. *Orig.* 16. *Via*, inquit, eſt, qua poteſt ire vehiculum, & Via dicta à vehiculorum incurſu; Nam duos Actus capit, propter euntium & venientium vehiculorum incurſum. Cum his convenit Cajus in *l.* 8. *d. S P. R.* ***Viæ latitudo ex L.*** XII. ***tabularum in porrectum pedes octo habet: in anfractum, id eſt, ubi flexum eſt, ſedecim.*** Quam vocat latitudinem legitimam Javolenus, in *l.* 13. §. 2. *eod.* utpote à Lege XII. præſcriptam. Quid ſolidius & civilius eſſet, quam in hac re differentiam ſtatuere Specificam inter Actum & Viam? Longe, ſi quid judico, melius, quam in τῷ eſſentialiter & accidentaliter, ubi uſus & effectus eſt idem.

6. Magis populare eſt, quod Actus aliquando poteſt eſſe ſine vehiculo, Via nunquam: Quippe, cum hoc etiam majorem Viæ latitudinem ſupponat: Quemadmodum, & hæc; quod per viam lapides & tigna trahi, haſta recta ferri queant; per Actum non poſſint *l.* 7. *d. t. de S. R. P.* Hoc igitur mihi videtur eſſe confitendum; Potuiſſe viam clarius definiri, additâ latitudinis differentia: quam tamen Auctores in conſpectu habuiſſe puto in his ipſis definitionibus, dum Actum definiunt, Jus agendi jumentum VEL vehiculum; ut ſciamus, Latitudinem quæ agendo pecori ſufficiat, Actum conſtituere, etſi aliquando vehiculum quoque reci-

Digitized by Google

recipiat. Viam vero definiunt abſolute per jus Agendi, ſine alternativa jumenti vel vehiculi, proinde tam vehiculi ſemper quam jumenti. Cui accedit in Viæ definitione jus ambulandi, diſerte, quod in Actu ſaltem eſt tacitè, nec niſi per conſequentiam, ut diximus è Cujacio & Vinnio.

7. Sed Antonius Faber 1. *Conject. ult.* aliter inſtituit; Putat Viam ab Actu evidentiſſime differre, per verbum *ambulandi*, Id eſt, ultro citroque commeandi. Actus eſt jus agendi jumentum vel vehiculum. Via, jus eundi & agendi & ambulandi: Ita, *Ambulandi* jus eſt amplius in viâ, quam in Actu. Excipitur; Iter eſt jus ambulandi; Qui habet Actum, is etiam habet iter, *hac ipsâ* l. 1. Ergo & in Actu jus ambulandi eſt, nihilque amplius in Viâ, quam in Actu hactenus. Reſpondet Faber, In Actu eſt iter, ſive, jus *eundi in agendo* pecore, non Iter, hoc eſt, propria Servitus eundi, ambulandi, id eſt, ultro citroque commeandi: quod de itinere acceſſorio in agendo pecore dici non poſſit. De hoc vero Paulum ſcribere, eum qui Actu legato, iter adimit, nihil ademiſſe videri, l. 1. *d. Adim. Legat.* cui Julianus conſentiat in *l. 58. d. V. O.* cum qui ſtipulatus Actum, poſtea iter ſtipuletur, non magis utiliter ſtipulari, quam ſi decem ſtipulatus, poſtea quinque ſtipuletur; quia ſcilicet, iter in Actu contineatur, & ab eo ſit inſeparabile; quod nonniſi de illo itinere quod cum Actu conjunctum eſt, non de ſeparata ſervitute ſit accipiendum, cum hæc ab Actu omnino ſeparari poſſit l. 4. §. 1. *Si ſervit. vind. l.* 11. *§. ſi quis iter d. Except. rei judic.* Huic expoſitioni ſatis ingenioſæ Faber obſtare vidit verba hujus l. 1. *& pr. I. de Servit.* ubi Ulpianus & Juſtinianus ajunt diſertè; Eum, qui habet Actum, & iter habere, *etiam ſine jumento.* Sed Faber audacter hæc verba utrique loco appicta, delenda eſſe contendit, contra quàm Florentinus liber, & Baſilici, & Theophilus; qui clare utrumque iter Actui ineſſe declarat, *δύναται γὰρ καὶ μόνος καὶ τῷ ὑποζυγίῳ παράγειν. Poteſt enim & ſolus & cum jumento ire*, inquit. Ergo forte ſatius eſt, nihil mutare & in eo manere, quod diximus; Actum etiam Iter ſeparatim continere, ſaltem per conſequens. Etſi cum diſerte qui accipit Actum, prohibetur ire ſeorſim, hæc prohibitio valeat, adeoque ſeparatim haberi quoque poſſint *d. l* 4 *& l.* 11. Tamen etſi, cum quis Actu legato, Iter adimit, nihil adimere videtur, non quod nullo modo ſeparari poſſint, verum quia Iter non facit partem Actus eſſentialem, ac ideo per ſe non fuit legatum, Actu relicto; Proinde nec adimi poteſt ab Actu; Etſi quominus Servitutem eundi ſeorſim, ſi id expreſſum fuiſſet, prohibere potuerit, nihil obſtet *arg. d. l.* 4. *§.* 1. *Servit. Vind.* Denique, in eo quod à nobis explicitum eſt, quandiu nihil melius profertur, ſubſiſtendum videtur.

8. Cæterum, diſcrimen inter Viam & Actum forte non eſt perpetuum, & ſæpe crediderim, Veteres duabus contentos fuiſſe Servitutibus; Itinere & Actu, ſive Viâ; quemadmodum apud nos ſane hodieque uſu venit, ut duæ tantum in uſu ſint diſtinctæ Servitutes; **Voet-padt / Weed en drift /** conjunctim; etſi Vinnius *ad d. §. 1. Inſt.* aliter ſcribat, *Moribus noſtris*, inquit, *tres diverſæ ſervitutes ſunt*; **Voet-padt / Rijd padt / Dreef /** De quo viderint in Hollandiâ. Apud nos Actus & Viæ diſcrimen ignotum eſſe arbitror; niſi quatenus Actum, quo vehiculum duci nequeat, accipias. Sicubi talis ſit, ab hoc Viam reipſa diſcrepare certum. Mihi vero nec apud Romanos, inquam, confuſio Actus & Viæ nun-

Digitized by Google

quam uſurpata fuiſſe videtur. Paulus, *Via conſtitui vel latior octo pedibus, vel anguſtior poteſt, ut tamen latitudinem habeat, quâ vehiculum ire poteſt; alioquin iter erit, non via* l. 23. *in pr. d. S. R. P.* Nec forſitan hæc incertitudo nihil contulit ad incertudinem definitionum. Adde quæ dix. *part.* 2. *Digreſſ.* l 2. *c.* 12. *& ſeqq.* quibus, hæc, & his illa, ſi cui vacet, illuſtrentur.

Neratius Lib. IV. Regularum.

Ruſticorum prædiorum Servitutes ſunt; Licere altius tollere, & officere Prætorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini Domum, vel Prætorium, vel protectum habere licere l. 2. d. Serv. Ruſt. Præd.

1. Minoris momenti quam moleſtiæ, difficultas hujus textus eſt ad Eunomiæ rationem. Quorſum enim hæc Neratii perverſitas, inter ſpecies ſervitutum ruſticarum ponere eas, quæ nonniſi urbanis prædiis deberi poſſunt, nec unquam aliter cenſentur §. 1. *Inſt. de Servit.* Qualis hæc in Arte confuſio? exempla unius, adſcribere Speciei oppoſitæ? Non videmus id aliter expediri poſſe, quam hac viâ. Juris Ars eſt popularis, habens quidem terminos doctrinæ quos in locis ſuis exacte ſervant Juris Auctores, alibi ſæpe negligunt, & verba in uſus populares flectunt, ubi ex profeſſo de illis rebus non tractant. Exemplis id innumerabilibus conſtat; In quibus unum, quod præ manibus eſt, collocabo. Ædificia in agris ſita ſunt ruſtica, non urbana, proprietate vocum inſpecta. Sed uſu Juris Urbana prædia vocantur omnia ædificia continentia, ubicunque, in pagis etiam ſita, uſu & fine ſcilicet, maximè in Servitutibus, quemadmodum id explicitum eſt à nobis in *Prælect. ad tit Inſt. de Servit. n.* 2. *l.* 4. §. 1. *In quib. cauſ. pign. tac.* Ac ita Juris-Conſulti ſatis æquabiliter, ubi de ſervitutum ſpeciebus agunt, obſervant, ut per omnem *de Servit. Urb. præd.* titulum videre licet. Neratius vero in opere, quod ſcripſit *de Regulis Juris*, è quo hic locus eſt, ſequendum putavit uſum popularem, quo prædia ruſtica dicuntur omnia ruri ſita, quibus eaſdem Servitutes competere poſſe docet, quas alioquin urbanorum eſſe prædiorum non ignorabat, idque voluit obſervari.

2. Quid autem, Eſtne licere altius tollere Servitus, ut hic ponitur? Imo libertas naturalis hæc eſt, licere altius tollere domum ſuam? ut probavimus ad *l.* 9. & 10. *d. S. U. P.* Novus error Neratii. Verba Antonii Matthæi *not. & animadv.* ad §. 2. *Inſt. de Action. Erravit quoque Neratius in l. 2. d S. R. P. vocans Servitutem, licere altius tollere.* Accurſius valde impeditus eſt in hoc nodo ſolvendo, & habet tres ſolutiones, quarum nullam probare nobis licet. Sed eſt plane ſervitus hæc, Altius tollendi, duntaxat olim fuit, ut demonſtravimus in *Prælect. ad tit. I. de Servit. n.* 11. Cum certa ædificiorum altitudo eſſet præſcripta, quam ſine vicinorum conſenſu egredi non liceret; ejuſmodi conſenſu impetrato, conſtituta erat altius tollendi Servitus. Sic etiam per conſequens, Licere officere Prætorio vicini, erat Servitus, quia tollendo altius tectum, quam erant vicina tecta, non parum illis officiebatur; quia veteres tecta conſtat habuiſſe plana, Spectando, precando, variiſque familiæ uſibus aptata; quas vicini altius tollendo corrumperent.

Si-

Si quis tamen ab hoc loco putet alienam non eſſe Bachovii ſententiam, quod Servitus altius non tollendi & non officiendi, poſitivis ſæpe verbis Altius Tollendi, & Officiendi luminibus deſignatæ fuerint, à diverſo agendi modo formulâque negatoria & confeſſoriâ, non admodum reniti velim; etſi tamen, nullum unquam eſſe diſcrimen inter Servitutem Altius tollendi & non tollendi, Officiendi, & non Officiendi, propterea concedere nolim.

Paulus Lib. 49. ad Edict.

Labeo ait, talem ſervitutem conſtitui poſſe, ut aquam quærere & inventam ducere liceat: Nam ſi liceat, nondum ædificato ædificio, Servitutem conſtituere; quare non æquè liceat, nondum inventâ, eandem conſtituere ſervitutem? Et, ſi, ut quærere liceat, cedere poſſumus, etiam ut inventa ducatur, cedi poteſt. l. 10. d. Servit. Ruſt. Præd.

Labeo 1. πιθανῶν, à Paulo Epitomatorum.

Si aqua nondum apparet, ejus iter ductus conſtitui non poteſt. Paulus, imo puto, idcirco id falſum eſſe, quia cedi poteſt, ut aquam quærere & inventam ducere liceat L. ult D. Si ſervit. vind.

1. Hos textus ita committit Autumnus in *Cenſura ſuâ*; in quibus nihil tamen ad noſtrum Eunomiæ inſtitutum pertinens apparet, niſi quod Paulus in his locis contraria de Labeonis, quem oppugnat, ſententia prædicat. Quod in eo, qui Labeonis libros in compendium redegit, non tam falſæ memoriæ, quam malitiæ imputandum videtur; ejuſmodi, qualem Ariſtotelis inimici, ipſi exprobrarunt, quod veterum ſententias refellens, parum fideliter eas retulerit, eorumque ſcripta Alexandri Auditoris ſui potentiâ fretus, è medio ſuſtulerit. Cujuſmodi aliquid ne de Labeone præſumere neceſſe ſit, Accurſius *ad l.* 10. *h.* Labeonem ſibi fuiſſe contrarium, ut qui aliquando variaverit, exiſtimat: Etſi ne ſic quidem Paulus omnino ſit excuſandus; quod in Diſputatione contra Labeonem arripuerit dictum, ab ipſo iam retractatum. Sic igitur hæc res prætereunda non fuit, *hoc loco:* Cum alioqui Antinomias & earum conciliationes non attingamus; etſi primo nobis fuit propoſitum, illos textus, qui ex iiſdem Auctoribus deſumpti, videntur eſſe contrarii, vindicare veritati & concordiæ; quia ſumus in hac hæreſi, non eſſe tales locos in Jure ſibi verè contrarios, & res haberet inſigniorem Artis deformitatem, ſi non Tribonianus in compilandis duobus librorum millibus Pandectarum, ſed ipſe Papinianus, Paulus aut Ulpianus ſibimet contradicerent. Sed in progreſſu operis, increſcente genuinâ Cenſuræ materiâ, viſum fuit hac eſſe contentis: Duntaxat, ubi inſignis & perſpicua deformitas ex illa contradictione ſe prodit, operam dabimus, ut illam removeamus; ſicut hujus conſilii rationem Autumno in his locis conſtitiſſe videmus. Id etiam obiter, velim obſervetur; quo pacto Veteres aliorum libros in compendia redigere ſoliti ſint; ſcilicet, ut ſuas

Digitized by Google

etiam *ἐπικρίσεις*, cenſuras & rationes contrarias adjicerent; quod non tam eſt epitomatoris, quam Cenſoris & antagoniſtæ, qui in refutandis aliorum ſententiis ita verſetur, ut omnium primo eas per compendium referat & proponat. Sed videamus hanc Labeonis, an Pauli, quam mereatur, Cenſuram.

2. Species facti præſentis hæc eſt; Paterfamilias eget aquæ ad agros ſuos rigandos Suſpicatur in vicini fundo ſatis irriguo, latere adhuc venas aquæ vivæ. Stipulatur à vicino ut is ſibi aquam in fundo quærere & inventam ducere permittat. Hoc Labeo fieri poſſe concedit, adeoque nondum inventa aqua, ſervitutem Aquæductus conſtituere, argumento ejus, quod jam proditum & receptum erat, nondum ædificatâ domo, ſervitutem ei tamen acquirere liceat; hactenus in *l.* 10. Sed in *l. ult.* ſupra, ſecundo loco præſcriptâ, negat idem Labeo, Aquâ nondum apparente, ejus iter ductum conſtitui poſſe, quod Paulus refutat. Goveanus *lib.* 1. *lect. Jur. c.* 17. *Hanc pugnam*, inquit, *ut conciliet Accurſius, ait, Labeonem ſibi contrarium fuiſſe.* Equidem ſi hoc eſt conciliare leges, quid ſit antinomias ſtatuere, neſcio. Sed bene, quod Accurſius non dicit, hoc ſe conciliandi cauſâ protuliſſe; quanquam & Wiſſembachius noſter idem Goveani verbis adſerit; Cujus & conciliationem, facillimus alioqui antinomiarum, amplectitur. Eſt autem hujuſmodi; Goveanus. *Ego puto aliud eſſe Iter aquæ, aliud Aquæductum: Nam ex meo fonte aquæductum tibi cedere poſſum, licet per meum non ducas, hoc eſt, licet per meum tibi iter aquæ non dem. Itaque videmus ſexcentis locis iter ab Aquæductu diſtingui.*

3. Si danda eſt opera, ne Labeo ſibi contradixerit: Juſtum inter poſitiones ejus, quæ ſunt in *d. l.* 10. & *l. ult.* diſcrimen oportet demonſtretur, quod à Goveano, etſi hoc egerit, mihi non videtur eſſe factum. Iter ab aquæductu bifariam diſtinguitur; Vel enim ſignificat jus eundi ad aquam hauriendam, *l.* 16. *Quemadmod. Servit. Amitt.* vel rivum, per quem aqua ducitur *l.* 19. *eod.* Et hoc poſteriore ſenſu non diſcrepat ab Aquæductu in uſu conſtituto; quia rivo ſive itinere aquæ amiſſo, ipſa ſervitus amittitur *l.* 16. *d. tit* Eodem ſenſu evidenter accipitur in hac *L. ult.* Proinde ſi rivus ſit ipſe Aquæductus actu conſtitutus, non poteſt fieri, ut Aquæductus in uſu conſtitutus, ſine rivo ſive itinere eſſe dicatur. Quare ſi Labeo negat, iter aquæductus ante aquam apparentem, poſſe conſtitui, oportet æquè neget, Aquæductum, aquâ non apparente, conſtitui poſſe. Quod ſi *Goveanus* ita putet, iter aquæductus aliâ, quam per agrum concedentis aquæductum, regione poſſe conſtitui, non etiam per proprium ſervientis agrum, nulla talis differentiæ ratio idonea proferri poſſe videtur. Quid multis? Nihil ſimplicius & rectius eſt, quam diſtinguere, inter cauſam & modum acquirendi ſervitutem. Cauſa ſit Pactis, ſtipulationibus, & Teſtamentis; Modus per Ceſſionem in Jure vel Præſcriptionem, aut Patientiam uſus, ut in loco communi *Inſt. de Servitutibus*, dictum eſt. Cauſas, ante quam ſubjectum ſervitutis exiſtat, contrahi nil vetat, ut effectus tamen ab actu ſecundo dependeat. Sed modi cum ipſo actu ſecundo ſive exercito coincidunt, nec poſſunt exiſtere, niſi cum ipſo ſervitutis uſu. Conſtitutio eſt commune verbum tam cauſis quam modis, qui dicuntur. Sed conſtitutio itineris aquæductus, id eſt, rivi, per quem aqua fluat, non niſi ad modum, ſive Actum ſecundum & exercitum referri poteſt.

4. Quando

4. Quando igitur Labeo ſtatuit, in *l.* 10. ſervitutem Aquæductus ante aquam inventam conſtitui, hoc eſt, promitti poſſe actu primo; non ideo conceſſit, cum actu ſecundo & exercito, per modos ſervitutis ipſius uſum exhibentes, acquiri poſſe; Atqui rivus ſive iter aquæductus ad modos, actumque pertinet exercitum; quem in *l. ult.* negans Labeo, non ideo ſibi contradicit in *l.* 10. ubi de actu primo conſtitutionis, ſive de promiſſione loquitur. Quemadmodum in eodem Textu, adſerens; Domibus imponi poſſe, nondum ædificatis ſervitutes, de promiſſione tantum, non de actuali acquiſitione ſine dubio intelligendus eſt; ac ideo neutiquam ſibi repugnaret, ſi alibi ſervitutem domui necdum ædificatæ imponi poſſe negaret, actu videlicet ſecundo & exercito. Atque hinc forte non immerito ambigi poſſet, num ſatis peremptoria ſit ratio Pauli Labeonem refellentis, ex eo, quod ille conceſſerat, ſervitutem poſſe conſtitui, ut aquam quærere & inventam ducere liceat, inde ſequi, iter etiam ductus aquæ conſtitui, id eſt, rivum quo ducatur aqua, deprimi & effodi. Si enim Labeo ſenſerit, hoc ad modum acquirendæ ſervitutis immediatum pertinere, non erat neceſſe, ut concedendo promiſſionem, id eſt, cauſam remotam ſervitutis, antequam extaret aqua, ſimul ad executionem & actualem acquiſitionem Aquæductus procedi poſſe ſtatueret; cum ſatis evidens inter ea diſcrimen ſit, & Conſtitutio ſervitutis per promiſſionem ſæpe fiat, quam Acquiſitio nunquam ſequitur; Ut ſi domui nondum ædificatæ ſervitus conſtituatur, neque tamen poſtea Domum ædificari contingat. Sed ne hoc ad novam in Paulum cenſuram tendere videatur, eam rem juris periti Lectoris arbitrio committemus.

5. Legem 5. *Comm. Præd.* quam Autumnus etiam impugnat, prætervehimur, quia tanti rationes ejus non videntur, ut cordato Lectori ſcrupulum relinquere poſſint.

Paulus Lib. VI. ad Sabin.

Si unus ex ſociis ſtipuletur iter ad communem fundum, inutilis eſt ſtipulatio, quia nec dari ei poteſt: ſed ſi omnes ſtipulentur, ſive communis ſervus, ſinguli ex ſociis ſibi dari oportere, petere poſſunt; quia ita dari eis poteſt a te: ne, ſi ſtipulator viæ plures heredes reliquerit, inutilis ſtipulatio fiat l. 19 *d. Serv. P. R.*

1. Hujus loci argumentum improbat ac rejicit à moribus hodiernis Groenewegius, quoniam hodie quis alteri ſtipulari poſſit, ideoque etiam ſocius ſocio; Juris Civilis autem rationem, quæ vetat aliis per alium acquiri obligationes, quia obligationes ſunt inventæ, ut unuſquiſque acquirat, quod ſua intereſt, futilem vocat ad §. 19. *Inſt. de Inutil. ſtipul.* Sed ipſe, niſi fallor, hac parte Cenſor imprudentiam Juris ſui detegit, quod hujus deciſionis, quâ unus è ſociis non poteſt fundo communi ſervitutem acquirere, putat eandem eſſe rationem, quâ jus Civile non probat; alii per alium acquiri obligationem. Etſi enim hujus quoque doctrinæ rationem adverſus ejus cenſuram putem rectâ viâ defendi poſſe, quominus id tamen hoc loco peragam, facit, quod Paulus ad illam rationem minime reſpexerit, ſed aliam in conſpectu habuerit; hanc videlicet, quod Servitus non recipiat

piat facultatem, uti per partes conſtituatur, quia cum natura ejus incorporalis ſit ac individua, per rerum naturam fieri non poteſt, ut in partes ſeparetur, & per partes vel acquiratur, vel amittatur. Quod nec aliter in uſu populari ſenſuque communi ſe habere paulo inferius demonſtrabitur, ad *l. ult. Comm. Præd.* Quam convenientiam cum uſu naturâque negotii Paulus hoc etiam loco dextre indicat, quando rationem, cur unus è ſociis ſervitutem acquirere non poſſit, *hanc reddit*, quod nec ei, pro parte ſcilicet, *dari poſſit*, adeoque res effectum habere nequeat. Quid enim, ſi unus ſervitutem pro ſua parte ſtipulatus, promiſſor eum patiatur uti ſervitute, quæ eſt traditionis loco *l. ult. d. Serv.* num quid is pro ſuâ tantum parte utetur? Ubinam eſt ejus pars, nam fundum habent communem pro indiviſo & omnes glebæ ſerviunt, ut ad *d. l. ult.* videbimus. Cum igitur partes non ſint diſtinctæ, fieri nec poteſt, ut pro parte ſervitus detur, ſed tota erit in toto fundo: quod cum adverſetur naturæ ſtipulationis pro parte factæ, nihil ſupereſt, quam ut actus ſit τῶν ἀδυνάτων & ipſo jure nullus. Eſt igitur error elenchi, quem vocant, in Cenſore Belga, qui conſentientem laudat Autumnum, ut ſolet, ac Imbertum *Enchirid.* in quo id non *reperio*, nec quidem in Autumno ejus. Maneat igitur proprius Groenew. error. Cæterum verba textus, *quia ita dari poteſt à te*, Faber emendat; *legendo, quia tota dari eis poteſt* (niſi mendum ſit in Fabro, ut videtur, *tota* pro *ita*) voculas *à te* putat eſſe ſpurias, ut in vetere vulgata deſunt; quia cuncta priora ſunt in tertia perſonâ. Mihi non diſplicet pro, *à te*, quod reverâ eſt ἀπροσδιόνυσον legi iter, hoc modo *quin ita dari eis poteſt iter*; de quo agitur in textu.

Pomponius Lib. XXXIII. ad Sabinum.

Ex meo Aquæductu Labeo ſcribit, cuilibet poſſe me vicino commodare: Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam Servitus acquiſita ſit, uti ea poſſit; Proculi ſententia verior eſt. l. 24. d. S. R. P.

1. Hanc Proculi animadverſionem doctiſſimi Interpretes abruptam & inhumanam putant. Ideoque Hottomannus *Obſ. lib.* 8. *c.* 14. auctoritate Haloandri (*verba ſunt ipſa Autumni ad h. l.*) particulam *contra*, detrahit ex *hac lege*, cui adſtipulatur Gotofredus ad *h. l.* 24. idque probare nititur ex *l.* 4. *d. Aquâ quotid. & æſt.* quæ nihil pene facit ad quæſtionem Pomponii. Ego vero, ait Autumnus, ſecundam partem Legis *Ex meo*, cum particula *contra*, moribus noſtris adverſari reor; *non è ſtatutis, vel rebus judicatis, quod æquitati putet adverſam*, ſed hac ratione, quia nihil intereſt illius, qui mihi debet ſervitutem, an ex meo aquæductu, vicino commodem, dummodo id fiat ſine damno; *hactenus Autumnus.* Sed Gotofredus, pro *contra* legit *ita*, pari ſenſu, quo reliqui Cenſores. Auget cenſuræ rationem, quod Servitus omnis habere debet cauſam perpetuam, & Aquæductus nonniſi è fonte, flumine, vel aquâ vivâ & perpetuâ concedi poteſt; è lacu vel ſtagno non poteſt, quia lacus & ſtagna poſſunt exhauriri: Proinde, quid intereſt ejus, cujus eſt aqua, ſi is qui aquæductum inde acquiſivit, aquam alteri gratis concedat? Quid eſt innocentius, quam ejuſmodi communicatio aquæ,

rei,

Digitized by Google

rei, quam natura maximè communem hominibus eſſe voluit? Talis beneficii copiam, neſcio cujus ſubtilitatis causâ præcidere, calumnioſum & incivile, ſi quicquam aliud, eſſe videtur.

2. Sed videamus, an hæc res ab alio latere adſpici non poſſit. Servitutes detrahunt libertati dominiorum, ideoque plus quam in iis expreſſe ineſt, trahere non debent. Non poteſt ſerviens modum ſervitutis mutare, vel ejus uſum adaugere *l.* 10. §. 1. *l.* 11. *in pr. Quib. mod. ſervit. amitt.* Nec in univerſum amplius quam ad uſum prædii Dominantis adhiberi poteſt *l.* 5. *d. S. P. R.* Nominatim, qui habet aquæductum, non poteſt ex rivo, id eſt, aquæductus itinere, aquæhauſtum alii concedere *l.* 33. §. 1. *h. t.* Verum eſt, hic non de cedenda, ſed de commodanda ſaltem aquâ ſermonem eſſe, de *commodanda cuilibet vicino*, habetur in textu. Ergo non agitur de uno actu, & an hauſtus aquæ ſubinde vicino concedi poſſit; hoc vere foret incivile, negare modicum aquæ ex rivo aquæductus, qui jure ſervitutis habetur: ſed Labeo conceſſit libertatem cuilibet vicino commodandi ex aquæductu. Quid hoc in effectu diſtat ab actu cedendi aquæ hauſtum, & fructum vel ſervitutem ſervitutis conſtituendi, quod prohibitum eſſe non dubitatur *d. l.* 33. §. 1. de quo vid. Fabrum 5. *Conj.* 11. Præter quod Labeo non de aquæ hauſtu, cujus uſus in actibus interruptis conſtituendi, ſed de *commodando ex aquæductu* loquitur; quod in eodem genere videtur accipiendum, ut ex aquæductu aliud modicum iter aquæ ducendæ vicino commodetur, quod tantum non eſſet è ſervitute ſervitutem conſtituere, contra d. *l.* 33. Neque ſi maxime aqua eſſet viva & perpetua, talis mutatio in ſervitute toleranda foret. Cui accedit, quod aqua viva, qualis eſt fluvii aut fontis privati, non eſt infinita, ut nullo modo exhauriri poſſit; Nam etiam fons, ex quo alius aquæductum habet, exareſcere poteſt *l.* 34. §. 1. *d S. R. P.* Et hoc evidenti incommodo promiſcua commodandi licentia directe adfici poſſet. Non eſt igitur, quod Proculus ſententiam Labeonis attemperaſſe videatur uſui ſervitutis; quaſi commodatum ita ſit licitum, ſi modo in aliam partem fundi dominantis, quam ſervitus conſtituta eſt, aqua non ducatur. Hæc enim limitatio non tolleret incommodum, qua ſervitus gravior fieret & caput aquæ facilius exhauriri poſſet. Magis eſt, ut Proculus à Labeone merito diſſenſerit, idque Pomponius referendo approbaverit in *h. l.* 24.

Paulus Lib. 47. ad Edict.

Si via, iter, aquæductus legetur ſimpliciter per fundum, facultas eſt heredi, per quam partem fundi velit, conſtituere Servitutem, ſi modo nulla captio Legatario ſit in ſervitute l. 26. d. S. R. P.

1. Hunc etiam textum, cum aliis ejuſdem argumenti collatum Autumnus trahit in argumentum cenſuræ, quod *veteres Legum conditores*, ait, *multa contra communes æquitatis regulas ſtauerint.* Cum enim hæc natura ſervitutis ſit, ut per totum diffuſa fundum, tota ſit in toto fundo & tanquam incorporale jus, etiam tota in ſingulis fundi partibus, adeo ut omnes glebæ ſerviant *l.* 13. §. 1. *d. S. R. P.* contra rationem videtur, ut heres, hoc eſt, qui debet ſervitutem, præſcribat

Dominanti, quâ parte fundi ſervitutem exerceri velit. Siquidem & alibi diſertè ſcriptum eſt, quando ſimpliciter via per fundum ceditur, quod tunc in infinitum, id eſt, per quamlibet ejus partem ire agere liceat *l.* 9. *d. Serv.* Hoc ita ſub duplici limitatione; prima, ne captet locum ſervitutis exercendæ importunum dominans, ut ſi per ipſam villam, aut medias vineas iter actumve dirigere velit; hoc enim incivile taciteque ſatis exceptum videtur. Altera limitatio, ut quà primum Dominans viam direxerit, ea porro ire agere debeat, nec amplius mutandi facultatem habeat *d. l* 9. Et hanc quidem dominanti eſſe facultatem, juris & æquitatis ratio dictare videtur. Sed Paulus in hac *l.* 26. ſervienti hanc ipſam facultatem, ſub eâdem limitatione, ne qua fiat incivilis captio, adſcribit: quod etſi ad antinomicum magis quam ad Eunomicum inſtitutum ſpectare videtur, attamen & æquitati reique naturæ adverſum videtur, eoque à Cenſore Gallo refertur. Dicam breviter; Regula Prima & ſumma eſt, quam poſuimus; omnes glebæ fundi ſubjecti ſerviunt dominanti, ſed in exercitio faciendum eſt, ut locus certus determinetur; quod quidem determinandi jus primo & naturaliter competit dominanti. Quia tamen nihil plus ille, quam certum in actu ſecundo & commodum poteſt obtinere locum; non eſt incivile, præventioni locum facere, ut ſi dominus ſervientis fundi, commodum ipſi locum, in quo nulla ſit captio, præmonſtret, eumque deſignet, nihil habeat alter, de quo conqueratur, *h l.* 26. Ut tamen in conflictu, ſi pariter ad loci determinationem procedant, dominanti per, & ſecundum ea, quæ diximus, prærogativa deberi videatur. Atque eo modo tam Eunomiæ quam Antinomiæ conſuli poſſe videtur, ut jam diximus ſummatim *in Prælect. ad tit. Comm. Præd.*

Javolenus Lib. 2. Epiſt.

Proprium ſolum vendo, an Servitutem talem injungere poſſim, ut mihi & vicino ſerviat? Similiter, ſi commune ſolum vendo, ut mihi & ſocio ſerviat, an conſequi poſſim? Reſpondi, ſervitutem recipere, niſi ſibi, nemo poteſt. Adjectio itaque vicini pro ſupervacuo habenda eſt: ita, ut tota ſervitus ad eum, qui recepit, pertineat. Solum autem commune vendendo, ut mihi & ſocio ſerviat efficere non poſſum, quia per unum ſocium Communi ſolo ſervitus acquiri non poteſt l. 5. Comm. Præd.

1. Quod poſteriorem loci quæſtionem attinet, de ſervitute ab uno è ſociis communi fundo acquiſitâ, huic ad *l.* 19. *S. P. R.* ſatisfactum eſt. In priori parte legis eſt illa ſpecies, quam Groenewegius ad *l.* 19 præpoſterâ damnavit cenſurâ; cum ibi de hoc argumento, an alius alii ſervitutem ſtipulari poſſit, non ageretur; ſed tantum, an ſervitus pro parte conſtitui queat. Priorem igitur Javoleni ſententiam duabus Autumnus rationibus & unius argumento textus oppugnat. Primam ita exponit, *quia viliori pretio venditum eſt ſolum, propter impoſitam ſervitutem, non dubitatur, ſervitutem talem vicino conſtitui poſſe*, ſed negatur connexum; non apparet ratio conſequentiæ; niſi quid uſu veniet inferius. Secundo loco dicit obſtare, quod ab Ulpiano, juri & æquitati convenienter è Pomponio ſit traditum in *l.* 6. §. 3. *h. t.* Vendit aliquis ædes, eâ lege, ut ſerviant; poteſt vel

Digitized by Google

ſervas facere ſuis vel vicini ædibus: Directe, ut videtur, contra quam in *hac l.* 5. quæ negat, aliquem vicino acquirere poſſe ſervitutem. Sed intereſt, utrum aliquis jure Dominii ædibus adhuc ſuis imponat, in gratiam vicini, ſevitutem, quod fit in *l.* 6. §. 3. antequam venditor adhuc ædes tradat, adeoque dum adhuc eſt Dominus; an vero ſtipuletur venditor ab emptore ſervitutem vicino, ut ego *l.* 5. accipio; Id enim ex diſciplinâ Juris Romani non habet facultatem, propter regulam, quod alius alii ſtipulari non poſſit § *ſi quis alii* 4. & §. *Alteri* 18 *I. de Inutil. ſtip. l.* 38. §. 17. *d V. O.* Sed hanc regulam ut Groenewegium ſuprà damnantem & exſibilantem audivimus, ita eandem Autumnus ab uſu hominum removet. Sed cum hæc res ad alium locum pertineat, ejus regulæ vindicias, uſque dum in ſede ſuâ nobis occurrat, differemus. Heic inſtantiæ ſatisfaciendum tali; Alius alii non poteſt ſtipulari, quatenus ſtipulantis non intereſt; ubi vero intereſt ſtipulantis, ibi ſtipulatio valet *d.* §. 18. Atqui hic ſtipulantis intereſt, quia venditor idemque ſtipulator fundum ideo minoris vendidit, ut in ſimili argumentatur Papinianus in *l.* 6. *in fin. d Serv. export.* Verum enimvero, non quodlibet id quod intereſt, facit, ut alius alii ſtipulari poſſit, verum id, per quod agitur, ut aliquid ſtipulanti acquiratur *d.* §. 18. quod fit in eâ ſpecie, quâ venditor domum minoris vendidit, ut emptor ædes ſervas eſſe pateretur, itaque illas haberet, poſſideret. Cæterum, iſtam regulam Juris Romani ipſo jure naturæ niti, in loco ſuo demonſtrabitur.

Paulus Lib. 1. Manualium.

Receptum eſt, ut plures domini & non pariter cedentes, ſervitutes imponant vel acquirant: Ut tamen ex noviſſimo actu etiam ſuperiores confirmentur, perindeque ſit, atque ſi eodem tempore omnes ceſſiſſent. Et ideo ſi is qui primum ceſſit, alio genere vel alio modo partem ſuam alienaverit, poſt deinde ſocius ceſſit, nihil agetur. Cum enim poſtremus cedat, non retro acquiri ſervitus videtur, ſed perinde habetur atque ſi poſt, cum poſtremus cedit, omnes ceſſiſſent. Igitur rurſus, hic actus pendebit, donec novus ſocius cedat. Idem juris eſt, & ſi uni ex Dominis cedatur, deinde in perſonâ ſocii aliquid horum acciderit. Ergo & ex diverſo, ſi ei qui non ceſſit, aliquid tale contigerit, ex integro omnes cedere debebunt. Tantum enim tempus eis remiſſum eſt, quo dare facere poſſunt, vel diverſis temporibus poſſint: & ideo non poteſt unus vel uni cedere. Idemque dicendum iſt; etſi alter cedat, alter leget ſervitutes. Nam ſi omnes ſocii legent ſervitutes, & pariter eorum adeatur hereditas, poteſt dici, utile eſſe legatum: ſi diverſis temporibus, inutiliter dies Legati cedit. Nec enim ſicut viventium, ita & defunctorum actus ſuſpendi receptum eſt, l. ult. Communia Prædior.

1. Satis in hac diſputatione Pauli, ſubtilitatis eſſe, lectio ejus abunde probat. Et Groenewegius Cenſor Juris, cum in contrariam partem deſſeruiſſet: *Hac quidem*, inquit, *exploſâ hujus Legis ſcrupuloſâ ſubtilitate, noſtrorum morum ſimplicitati magis conſentanea eſſe cenſeo. De bonâ fide apud nos agi ſolet, cui non convenit, de apicibus juris diſputare l.* 29. §. 4. *d. Mandat.* Sane ita; ſi bona fides apiceſque juris inter ſe confligant, fides ſubtilitati præſtat; ſed Cavendum, ne ſub præ-

 texto

textu æquitatis, Juriſprudentia ab hominibus olim ſapientiſſimis elaborata in arbitrariam praxin & infinitam incertitudinem deſſolvatur. Nec video ſcriptores graviſſimos, etiam pragmaticos, Mornacium, Molinæum, Brunnemanum aliosque tam ſuperciliose de hujus Legis argumento ſentientes. Cardo negotii vertitur in regulâ, quod Servitus ut incorporalis, ſit individua, & tota per ſingulas Fundi partes diffuſa, ut omnes glebæ ſerviant *l.* 13. §. 1. *d. S. R.* Unde pro parte ſervitus nec conſtitui nec finiri poteſt *l.* 11. *d Servit. l.* 27. *d. V. O.* Ideoque ſi unus è Sociis alteri Servitutem cedat, ea ceſſio inutilis & evanida eſt *l.* 2. *d. Servit.* & ſi unus ſervitutem ſtipuletur, æque res caret effectu *l.* 19. *d. S R. P.* Scilicet, unius conceſſio vel ſtipulatio tantiſper in ſuſpenſo eſt, donec omnes conſentiant, & tunc ultima demum ceſſione præcedentes confirmantur *d. l.* 11. *& h. l. ult.* In quibus noli credere, ſubtilitatem eſſe philoſophicam; eſt neceſſaria incorporalis rei Proprietas & conſecutio civilis: Per rerum naturam enim res incorporalis non habet partes, nec in eas dividi poteſt; & ſi mente partitionem fingere velis, ut ſane obligatio, Actio, Dominium recipit aliquas partes, id in Servitute non habere facultatem, reperies. Quid enim? Tu cedis alteri jus itineris in fundo mihi tecum communi pro indiviſo, quomodo ibit ille, niſi per meas æquè glebas atque per tuas? Quod fieri non poteſt, me invito, abſque injuria. Rurſus; Aliquis habet ſervitutem itineris per fundum mihi & Tibi communem: Ille tibi remittit ſervitutem. Per meas tamen glebas, cum mihi non remiſerit; ire poteſt? quæ nempe ſunt eædem tuæ pro natura communionis ex indiviſo. Cum igitur unius ceſſio nonniſi ex omnium conjunctione valeat, non poteſt aliter fieri, quam ut uno qui ceſſit, moriente, vel alienante ſuam partem, ceſſio prior evaneſcat. Nec ſi dein, alter aut reliqui cedant, conjunctio prioris, quæ jam extincta fuit, committi poteſt, ſed novi ſocii rurſus in conſtituenda Servitute concurrere debent. Quamdiu tamen ille qui ceſſit prior, vivit, reliquis addentibus conſenſum; fit inquam, conjuncto immediate, quia primi cedentis voluntas adhuc durat. Morte non durat, nec in heredes tranſit, quia non fuit jus conſtitutum. Unde ſi duo legent ſervitutem ſocii, moriente primo, legatum ſervitutis, pro ipſius parte relictum intercidit; Ac ita nec alterius legatum, pro altera parte, cum priore conjungi poteſt; cum voluntas mortui non duret, quemadmodum viventis durat, idque Paulus indicat in fine L. his verbis, *Nec enim ſicut viventium, ita & defunctorum actus ſuſpendi receptum eſt.* Hæc aliter ſe habere non poſſe, non modo philoſophia juris, ſed etiam ratio popularis & natura negotii docent.

2. Non omiſere tamen Juris auctores, ſi quid æquitas præ ſtricta rerum proprietate requireret, neque tamen eam tolleret, id ſupplere, ſuperaddere; quo pertinent duæ Regulæ I. Qui pro ſuâ parte Servitutem in fundo communi conceſſit, etſi ad ſervitutem conſtituendam ſolius voluntas ipſius non ſufficiat; quamdiu tamen res in ſuſpenſo eſt, ipſe non poteſt impedire, quominus ille, cui ſervitutem pro parte conceſſit, eam exerceat; alter ſocius omnino ſe opponet recte; ſed bona fides non patitur, ut is qui voluntatem ſuam profeſſus eſt, ei contradicat *d. l.* 11. *Servit.* Regula II. Etſi legata ſervitus à duobus diverſo tempore mortuis non valeat, ſi tamen amborum hereditas uno tempore adeatur, ex poſtfacto ſervitus convaleſcit, in *h. l. ult. ſub fin.* Quæ præter hæc, vel excipiuntur vel objiciun-

ciuntur arbitrariæ inventionis, ea Cenſoribus, ſua commenta ſolidiſſimo veterum ſyſtemati præferentibus relinquemus. Quale, quod Groenewegius objicit *ex l.* 143. *d. R. J.* Quod *ipſis qui contraxerunt, obſtat, & ſucceſſoribus eorum obſtabit.* Niſi præſumptio cenſuræ aliquid auctoritatis hominibus daret, quis hoc dignum reſponſo judicaret? Ex contractu quilibet heredem ſuum relinquit obligatum, ſi jus perfectum contractu comprehenſum ſit Jus non quæſitum, quale Servitus pro parte conſtituta, ad heredem tranſmitti non potuit. Una eſt objectio, contra id quod ait Paulus, viventium actus ſuſpendi, morientium non ſuſpendi, *ex l.* 26. *d. Stipul. ſerv.* Ubi docet idem Paulus, ſtipulationem non ſuſpendi, ſed ex præſenti vires capere, Legati verò diem non ſtatim cedere, quam cur atrocem antinomiam vocaverit Molinæus, referente D. Wiſſembachio *ad h. t.* parum animadverto. Agit enim *l.* 26. de die legati cedente, qui eſt, cum aditur hereditas. Stipulationis puræ dies ſtatim cedit, quid hoc ad præſentem diſputationem? Eſt equidem illa ſpecies repugnantiæ; Lex *ultima* nititur hac hypotheſi, quod actus inter vivos ſuſpendantur, ultimæ voluntates non recipiant ſuſpenſionem, cum in *d. l.* 26. Sipulationes, quæ ſunt actus inter vivos, ex præſenti vires capiant. Si hæc eodem reſpectu dicantur, contraria fuerint. Sed in *l.* 26. non agitur de valore ſtipulationis quæ pro parte fit, ſuper re individua, ſed quemadmodum in *d. l. ult.* de ſtipulatione totius ab uno facta; Si priore modo fieret ſtipulatio ab uno de re individua, cum alio communi, non diceret JCtus, è præſenti vires capere ſtipulationem; quod dicit in *d. l. ult.* Scilicet, de originali valore ſtipulationis ab uno de re ſua factæ; cum ultimæ voluntates ſuſpendantur à morte & aliquando ab adita hereditate. Diſputatio de jure individuo à duobus ſeorſim conſtituto eſt propria *d. l. ult.* cum qua nihil habet commune argumentum *d. l.* 26. Juris-Conſultorum ratio in hac de ſervitutum conſtitutione doctrinâ, prudens & ſolida eſt. Æquitas cerebrina pragmaticorum plerumque ad evertendam genuinæ juriſprudentiæ diſciplinam comparata eſt, nec alia major antiquæ ſapientiæ peſtis ex inſcitia & arrogantia prodiit in ultimis ſeculis.

Ulpianus Lib. XVII. ad Edict.

Ariſto Cerellio Vitali reſpondit, non putare ſe, ex tabernâ caſeariâ fumum in ſuperiora ædificia jure immitti poſſe, niſi ei rei ſervitus talis admittatur: idemque ait, & ex ſuperiore in inferiora, non aquam, non quid aliud immitti licet: In ſuo enim hactenus alii facere licet, quatenus nihil in alienum immittat: Fumi autem, ſicut aquæ, eſſe immiſſionem; poſſe igitur ſuperiorem cum inferiore agere, jus illi non eſſe id ita facere; Alfenum denique ſcribere ait, poſſe ita agi, jus illi non eſſe, in ſuo lapidem cædere, ut in meum fundum fragmenta cadant. Dicit igitur Ariſto, eum: qui taber, nam caſeariam à Minturnenſibus conduxit, à ſuperiore probiberi poſſe, fumum immittere. Sed Minturnenſeis ei ex conducto teneri: agique ſic poſſe dicit, cum eo, qui eum fumum immittat, jus ei non eſſe, fumum immittere. Ergo per contrarium, agi poterit, jus eſſe fumum immittere, quod & ipſum videtur Ariſto probare. Sed & Inter-

Digitized by Google

dictum Uti poſſidetis poteſt locum habere; ſi quis prohibeatur, qualiter velit, ſuo uti. l. 8. §. 4. Si Servit. Vind.

1. In hoc loco eſſe contradictionem cenſet Autumnus, quæ *viro tam excellentis ingenii*, qualis Ulpianus ſit, adſcribi non poſſit, ideoque in Tribonianum faba cuditur. *Ex his ſatis apparet*, ait Autumnus, *Tribonianum aut non intellexiſſe quæſtionem propoſitam ab Ulpiano, aut ſententiam Ariſtonis malè retuliſſe.* Cur autem ita exiſtimandum ſit, eo modo demonſtrat, ut ipſe ſententiam Ariſtonis, aut ſane Ulpiani male percepiſſe videatur. Contradictionem in eo ponit, quod primo quidem is qui ex inferiore domo fumum in ſuperiorem immittit, prohiberi poſſe dicitur; dein vero ſic agi poſſe docetur, *jus eſſe fumum immittendi.* Si hæ poſitiones eidem ſecundum idem tribuantur, haud dubiè contradictoriæ fuerint. Sed nec verba prohibent, & res jubet, prohibitionem habere locum, quando nulla ſervitus fumi conſtituta fuit, actione negatoriâ; *Tu non habes jus fumi immittendi.* Hæc agendi facultas arguit, actionem quoque oppoſitam dari poſſe inferiori, ſcil. Confeſſoriam, *Eſt mihi jus fumi immittendi*; ſi nimirum Servitus conſtituta fuerit. Autumnus etiam ſine Servitute, ſic agere licere putat, ex ultimis verbis, quæ ſtatim ſubjiciuntur iis, quibus fumum immittere licere ſcriptum eſt; Dari etiam judicium retinendæ poſſeſſionis, ei, qui fumum ex habitatione ſuâ emittere prohibetur, quaſi malè impediatur in ſuo facere, quod expediat: rectè, ſi alterius habitationem non infeſtaret, ut certe fumum in ſuperiorem immittendo contignationem, faceret. Idcirco Interdictum, de ſuperiori inquilino, qui fumo vexatur, accipiendum; vel de inferiore habente ſervitutem. Et ſic nulla ſpecies contradictionis. Cætera, ad uſum hujus ſervitutis ſpectantia, cum ab hoc inſtituto aliena ſint, ex aliorum petenda commentariis relinquemus.

Ulpianus Lib. LIII. ad Edict.

Si quis diuterno uſu & longâ quaſi poſſeſſione jus aquæ ducendæ nanctus ſit, non eſt ei neceſſe docere de jure, quo aqua conſtituta eſt, veluti ex legato, vel alio modo: ſed utilem habet actionem, ut oſtendat, per annos forte tot uſum ſe, non vi, non clam, non precario poſſediſſe l. 10. in pr. Si ſervit. vind.

1. Quantis Philoſophorum & Theologorum, quin etiam quorundam Jure-Conſultorum objectionibus expoſita ſit Uſucapionis doctrina, in loco ſuo videbimus. Aliquanto magis enorme & iniquum id eſſe videtur, quod ſervitutes acquiruntur ſolo Uſu, ſine requiſito bonæ fidei, juſti tituli vel etiam ſcientiæ Domini, ut ex *hac. L.* 10. probari ſolitum eſt, idque ita verè fieri ex ſententia Legum, valide demonſtravit Anton. Faber 19. *Conject. c.* 9. 10. & 11. Bronchorſt. 1. *Antinom.* 39. Wiſſembach. *ad tit. de Servit. n.* 30. & nos in *Prælect. ad d. Tit. n. ult.* Atqui in Uſucapionibus requiri bonam fidem juſtumque titulum conſtat, & tamen impietatis à multis accuſatur, quod Dominus ſine ſuo facto rei ſuæ dominio privatur: quanto magis abſurdum injuſtumque, Servitutes more Prædonum acquiri? Nam prædones in Jure vocari notum eſt, eos qui non tantum bonâ fide,

ſed

ſed etiam titulo carent juſto *l.* 11. §. *ult.* & *ll. ſeqq. d. Hered. pet.* Propterea graviſſimus JCtus Bernhardus Schotanus *in exam. Jur. ad tit. d. Servit.* ita hunc textum accipit, ut ſolummodo exinde poſſit inferri, *non deſiderari* quidem, *ut titulus & fides probetur, ſed nequaquam rejici titulum; Aliud enim eſſe non probari debere, aliud non requiri titulum.* Sed, hoc quidem ſubtilius quam res ferat, eſſe videtur. Nam quicquid facti cum ſit, non requiritur ut probetur, hoc ad meritum cauſæ neceſſariò non pertinet. Contra quicquid ad rei naturam atque deciſionem pertinet, hoc ſi facti ſit, neceſſario probandum eſſe, nemo, ſi recte puto, negabit. Etſi verum eſt, hac de re nonniſi poſt abſolutam præſcriptionem quæri, & poſſe dici, conſenſum ejus qui ſervitutem debet, ex uſu tot annorum nec vi, nec clam, neç precario facto præſumi potius, quam non curari. Attamen à lege bonam fidem non requiri omnino fatendum eſt.

2. Non deſunt etiam, quibus ex aliis juris locis, titulus juſtus & bonum initium requiri videtur, in qua ſententia fuerunt olim viri egregii Duarenus & Hotomannus; qui refelluntur à Bachovio *diſ.* 3. *d. Action. th.* 6. *in exeg.* Giphanio ad *l.* 1. *C. de Servit.* Wiſſembachio *d. th.* 30. Quæ ut à nobis recenſeantur, cum tralatitia ſint, hujus inſtituti ratio & moles operis non permittit. Sed hoc, quod de ſcientiâ diximus, eam non requiri, repugnantiam ſui præ ſe ferre videtur; Quippe cum requiritur, ne quis ſervitute clam uſus ſit, eo illud ipſum, quod ſciente Domino exercuerit, ſupponi videtur. Præter quod multi qui titulum bonamque fidem, in præſcriptione ſervitutum tranſmittunt, Scientiam tamen requirunt. Sed quod attinet ad contradictionem in adjecto, ut vocant, hæc ſolvitur, explicatione ejus, quid clam ſit; ſiquidem qui celat adverſarium, cui denuntiandum erat *l.* 3. § *ult. Quod vi aut clam*, latenter & furtivè, is demum facit clam *l. 6. d. Acquir. poſſ. l.* 14. *d. Adminiſtr. Tut.* Proinde, qui in media luce per alienum fundum ivit, egit, per conſtitutum tempus; qui aperte aliquid ſupra alterius ſolum projicit, hic etſi Dominus vicini prædii id ignorat, quid tamen clam facere dicendus eſt? Ipſa hujus quæſiti monenta, ſitne ſcientia Domini, ſecundum leges, neceſſaria, vel ſecus, ad Wiſſembachium noſtrum remittemus, qui ad diſſentientium argumenta reſpondet, in *d. Diſp. ad Inſt. th.* 13. & ad *Pandect. h. t. th.* 22. & 23.

3. Quod ad Eunomiam attinet, minus in ſcientia Domini videtur eſſe difficultatis, quam in bona fide tituloque juſto; quia ſcientiam ejus cujus intereſt, nec in Uſucapione requiri notum eſt *l. un. C. de Uſucap. transform.* Ideoque ad iſtum quaſi locum communem, hæc diſquiſitio referri poteſt. De bona fide tituloque in hac præſcriptione neglecto, videtur hæc eſſe ratio; quod uſus ſervitutum non vi, non clam, non precario tot annis exercitatus, non ſine tacito vicinorum conſenſu videtur eſſe inchoatus, vel ſaltem continuatus. Quoniam ſæpe uſu venire videmus, ut metu rixarum, vicini nolint ſibi invicem tantillum commodi, quantum plerumque vertitur in his ſervitutibus, claudier. Ideoque nullâ per integri lapſum decennii interpellatione factâ, partes in illo uſu videntur acquieviſſe. Quæ præſumptio tituli bonæque fidei, nec non ſcientiæ vicem haud immerito præſtat. Denique, talia poſt longi temporis uſum, nullo trium illorum vitio infectum, in controverſiam vocari, bono publico, & quieti civium, quam nihil hiſce vitilitigiis crebrius turbat, adverſum videtur. Eaque ratio ſine dubio fecit, ut hæc ſenten-

Digitized by Google

ſententia in uſu Fori noſtri aliorumque invaluerit, omnique die in viridi ſit obſervantiâ, teſte *Brunnem. ad h. l.* 10. De bona Fide hac in parte nonnihil adhuc ſe offeret in *l.* 24. *&* 25. *Quemadm. ſerv. amitt.*

Juſtinianus Cæſar.

Si quis intendat, jus non eſſe adverſario, utendi, fruendi, eundi, agendi aquamve ducendi, item altius tollendi proſpiciendive, vel projiciendi immittendive, iſtæ quoque actiones in rem ſunt, ſed negativæ. §. 2. *Inſt. de Action.*

1. Verborum figurâ deceptus hic videtur Tribonianus, ut actionem Negatoriam appellaverit eam, quæ verè eſt Confeſſoria. Nam quicunque dicit, vicinum non habere jus altius tollendi, quod abſque ſervitute cuilibet liberum eſt facere, ut ad *l* 9. *&* 10. *d. Servit. U. P.* demonſtravimus, is ait, vicini domum ſuæ domui ſervire. Cui cum ſe alter opponit, & dicit, *ego poſſum altius tollere* domum meam; ille reverâ negat, domum ſuam debere ſervitutem, & ſic verbis utens poſitivis, actionem re ipsâ negatoriam inſtituit *l.* 4. §. 7. *D. Si ſervit. vind.* Contra, quam Juſtinianus paulo ſuperius *hoc ipſo* §. 2. formulam altius tollendi retulit ad Actionem Confeſſoriam. Quid igitur, adeone puerititer lapſus eſt Tribonianus? Ita ferè Anton. Matthæus in *not. & animadv. ad h.* §. 2. Ubi, *Magna ergo eſt*, inquit, *Triboniani inſcitia, quod exemplum hoc admiſcuit actioni confeſſoriæ, quod ad negatoriam pertinet.* Item, quod in his verbis, *altius non tollendi* eſſe vim negatoriæ, dixit, quæ Confeſſoria, inquam, eſt: Adeo ut *hæc exempla viderentur eſſe transponenda.* Nec aliter iſta ſe habere queant, ſi verum eſt, Altius tollendi & Altius non tollendi ſervitutem, uſu eſſe unam eandemque, ut Bachovius aliique volunt. Sed nos in *Prælect. ad tit. I. de Servit. n.* 11. contra probavimus, aliam eſſe *diverſamque ſervitutem*, *Altius* tollendi, ab Altius non tollendi. Quo obtento, rectè dicemus, in his verbis; *Ego poſſum altius tollere*, eſſe Confeſſoriam; hoc eſt, Tua domus eſt obnoxia meæ domui in hoc, quod mea poſſit altius tolli, quam lege civitatis liceat, in tuæ domus præjudicium: Cui alter negatoriam opponere poteſt, *Tu non habes jus, ita altius tollendi.* Quas formulas eo ſenſu apud veteres, quibus tecta ædium plana & diverſi uſus fuere, quam noſtra ſunt, locum potius habuiſſe, quam his diebus habeant, diximus *ad d. tit. Inſt.*

Idem Juſtinianus Auguſtus.

Quod genus actionis Negatoriæ, in *controverſiis rerum corporalium, proditum non eſt: Nam in his agit is, qui non poſſidet: ei vero qui poſſidet, non eſt actio prodita, per quam neget, rem actoris eſſe d.* §. 2. *Inſt. de Action.*

1. D. Wiſſembachius ad *tit. Inſt. de Action. diſp.* 44. *n.* 14. adverſus hanc Juſtiniani doctrinam, poſt Cujacium & Contium, ita diſputat; *Sentit ergo Imperator*, ait, *Actionem negatoriam poſſeſſori tantum competere, quod falſum eſt; Competit*

Digitized by Google

petit utrique, poſſeſſori & non poſſeſſori l. 6 §. 1. l. 8 §. 3. Si ſervit. vind. Ut, *ſi poſtquam ædificatum ſit, agam, tibi non eſſe jus altius tollendi. Item, ſi poſtquam ti gna immiſſa ſunt, agam, tibi non eſſe jus immittendi dd. ll.* Cujac. *tract. b. ad Afric in explic. l. Si priuſquam 15. d. Oper. nov. nunt. Cont. 1. ſubtiſ. lect.* Apparet, Viros doctiſſimos, per poſſeſſorem, non intelligere eum qui prædium poſſidet, ſed eum qui jus ſervitutis poſſidet: Quando enim vicinus meus ædificat altius, tunc eſt in poſſeſſione juris altius tollendi, ut & is qui tignum in actu jam immiſit. Quod ſi Juſtinianus de poſſeſſore prædii loquatur, non eſt eorum juſta reprehenſio. Cur autem ita non ſit exaudiendus, aut in hoc ſenſu reprehendendus ſit, cauſa mihi nulla videtur. Vult docere, quod aliquid ſingulare ſit in actionibus negatoriis, quod nempe ſint in rem & tamen dentur poſſeſſoribus prædiorum; cum id quidem de ipſis prædiis, ut rebus corporalibus, nunquam uſu venire poſſit, ut poſſeſſor agat. Quid adverſus hanc collectionem facit demonſtratio, quod negatoria tam detur ei, adverſus quem jus ſervitutis actu occupatum eſt, quam in eum qui nondum id occupavit, ſed invadere parat; ideoque tam, ſi ipſe adhuc poſſideat libertatem, quam ſi alter eam uſurpare cœperit? Hæc toto genere differunt, neo ab unius poſitione ad alterius remotionem, ut illi inſtituerunt, argumentari licet. Accedit, quod ut omnia incorporalia, jus ſervitutis propriè poſſideri nequeat: Ideo cum Juſtinianus de poſſeſſione loquatur, ſi maxime de rebus corporalibus expreſſe non loqueretur, ut diſertè facit, quominus tamen de illis omnino intelligendus eſſet, nihil cauſæ foret. Non eſt etiam verum, quod illi dicunt, Juſtinianum adfirmare quod ſemper & tantummodo Poſſeſſori detur actio negatoria. Non opus eſt dicere, quod ita ſentiat Cæſar, nec etiam ita ſentit, in eo ſenſu, quo Cenſores accipiunt Poſſeſſorem. Cùm ait, Negatoriam competere poſſidenti, nihil docet, quam illud ſingulare: Dari actionem in rem poſſidenti prædium, ſcilicet, Negatoriam de ſervitute; quod ſi de ipſo prædio, vel re corporali agatur, nunquam uſu veniat; Cum poſſeſſor in illis commodo poſſeſſionis ſe tueatur; nec agendo adverſus alium quicquam proficeret. Nihil enim obtineret, quam illum adverſarium non eſſe dominum; de aliis nihil. Imo nihil, etſi contra centum obtineret; poſſet enim alius præter illos, eſſe dominus *l. 15. in fin. d. Except. rei. jud.*

Idem Cæſar Juſtinianus.

Sane uno caſu, qui poſſidet, nihilominus is actores partes obtinet, ſicut in latioribus Digeſtorum libris opportunius apparebit d §. 2 in fin.

1. Mira eſt Interpretum diſquiſitio & diſcrepantia, quis ſit unus ille caſus, quo is, qui poſſidet, Actoris partes obtinet. Denique, nullum eſſe, tenet Wiſſembachius noſter, refutatis omnium conjecturis *d. Diſp. 41. th. 16.* Unde nihil ſuperſit, quam Juſtinianum poſuiſſe crucem poſteritati, ſuoſque ludibrio habuiſſe Interpretes; quod, nec omnino, nec inprimis in Manuali Inſtitutionum, gravi Legum conditori & præceptori conveniat. Nos recenſendis & excutiendis omnium demonſtrationibus nos aut Lectorem fatigare nolumus. Duæ reſponſio-

nes præ cæteris ſunt probabiles. Prima eſt à ſalutari particula NON, ut legatur, *ſane non uno caſu*, quia ſæpe contingit, ut poſſeſſor Actoris partes obtineat, in Probando ſcilicet, ſiquid ipſe adfirmet *l. 18. d. Probat.* & *paſſim.* Eaque firmatur inde conjectura, quod Juſtinianus lectorem ſuum ablegat ad vaſtum Digeſtorum opus, quod abſurdum eſſet de unico caſu, ut hunc potius quærendum indicaret in quinquaginta libris, quam in hoc loco exponeret, quod de uno caſu in promptu, nec ultra compendii modum erat. Idque probat Ant. Matthæus *ad d. §. 2.* Rejicit autem rarus à Præceptore diſſentiendi D. Wiſſembach. *præd. diſp. th. 15.* Exceptionem, *inquit*, oportet eſſe de regulâ, ſed regula eſt de Actione: Ergo de eâdem oportet eſſe exceptionem, & non de probatione, cujus ab actione diverſa ratio & nuncupatio eſt. Reſponſio ſit, non eſſe in his verbis exceptionem, eſſe limitationem vel admonitionem. Primo quidem negavit Imperator, Actionem in rem de corporalibus, dari poſſidentibus. Subjungit, ſane actoris partes obtinere poſſidentem, non uno caſu accidit & compertum eſt: Nihil autem ad actoris partes magis proprie pertinet, quam probatio, quæ tamen & reo atque poſſeſſori ſæpius incumbit *l. 2. d. Probat. l. 1. d. Except.* Cui prorſus emendatio diſplicet, huic nihil expeditius eſt, quam admittere ſententiam Goveani *1. var. lect. 41.* Cujacii & Hotomanni *ad d. §. 2.* Mornacii ad *l. 6. Si ſervit vind.* aliorumque, hæc verba de ipſo actionis negatoriæ caſu intelligentium, à quâ nec alienum eſſe Theophilum, in *Prælect. ad. tit. de Act. n. 7.* demonſtravimus. Ait Imperator, de re corporali, in Rem actio non datur poſſidenti, qui rem tenet, nec poteſt, ut ſibi reſtituatur, contendere, & addit: Sane hoc caſu, quem expoſui, actionis negatoriæ, aliter uſu venit, ut apparet. Aliter alii paſſim Interpr. apud Wiſſemb. *d. th. 15.* Vinn. ad *h. §. 2.*

Scævola Lib. 1. Regular.

Licet malæ fidei poſſeſſor ſit, retinebitur ſervitus l. 24. Quemadmod. Servitut. Amitt.

Paulus Lib. v. Sentent.

Servitute uſus non videtur niſi is, qui ſuo jure uti ſe credit. l. 25. eod.

1. Hæ poſitiones non tam Eunomicæ quam antinomicæ videntur. Nam primo, quod malæ fidei poſſeſſor uſu retinet ac conſequenter acquirere poteſt ſervitutem, deforme auditu eſt; cum mala fides & dolus nemini prodeſſe debeat. Verum eſt, habuiſſe nos *ſuprâ* in *l. 10. Si ſervit. vind.* eum qui per longum tempus nec vi, nec clam, nec precariò uſus eſt, etſi de jure docere non queat, acquiſiviſſe ſervitutem: Unde nec bonam fidem, id eſt, opinionem juris, requiri in illâ præſcriptione, probare viſi ſumus, ad *d. l. 10.* Scilicet, hactenus, ut, ſi quis per longum tempus, ſine aliquo illorum trium vitiorum, uſus eſſet jure prædii, conſenſum vicini habuiſſe præſumeretur, quo fieret, ut de jure non opus eſſet quæri. Atque eo pertinet, quod D. Schotanus in *Exam.* ad *tit. d.*

Serv

Servitut. præter id, quod *ſuprà* ex eo retulimus, obſervat, illum *textum l.* 10. *accipiendum eſſe de illo, qui jam præſcripſerit, hunc* videlicet *ulterius non eſſe inquietandum*; præſumptione, de conſenſu ejus, cujus interſuit, diluente malæ fidei quæſtionem. Sed cum, qui malam fidem habet, præſcribere poſſe, nuſquam ita rotunde ſcriptum eſt. Novimus, quid jure Canonico de mala fide proditum ſit; eam facere, ne unquam uſus aut poſſeſſio effectum juris habeat *cap. ult. x. de Præſcript.* Quod melius & ſanctius eſſe videtur, quam quod legibus noſtris contra receptum ſit, initium quidem Uſucapionis & præſcriptionis à bona fide eſſe debere, in progreſſu non nocere malam fidem. Poſtremo, quid hoc eſt, malæ fidei poſſeſſorem æquare juris effectu bonam fidem habenti, *h. l.* 24. & mox addere, neminem uſum videri ſervitute, niſi qui jure ſuo ſe crediderit uti, *l* 25. cum hæc ſit ipſa bona fides. *pr. Inſt. de Uſucap.*?

2. Ad hanc ſpeciem iniquitatis & contradictionis amoliendam, dicimus, in his legibus præſcriptis, non agi de acquiſitione Servitutis per uſum longi temporis, ſed de amiſſione Servitutis, ut indicat Rubrica, quæ ſit non utendo. Et malæ fidei poſſeſſorem in *l.* 24. non reſpectu Servitutis, ſed prædii ſervientis accipiendum eſſe, ut apparet ex collatione *l.* 12. *h. t.* ubi docet Celſus retineri ſervitutem, neque jus deperire, ſi modo fundus *qualiter ſe habens*, *cum ſuo habitu*, id eſt, cum ſervitutis uſu, poſſeſſus fuerit; neque refert, *juſtè*, *nec ne poſſideat*, *qui talem eum poſſidet*. Quominus enim ad retinendam ſervitutem ſemel acquiſitam, uſus ſolus ſine bona fide ſufficiat, nihil proferri poteſt, ſiquidem amiſſio fit ex ſolo *non uſu*, *de facto*; Proinde ſolus uſus qui facti eſt, ad retentionem oportet ſufficiat: maximè, cum etiam in Uſucapione rerum corporalium ſatis conſtet, initium ſufficere bonum, malam fidem ſupervenientem non interrumpere Uſucapionem ſemel bonâ fide cœptam l. 48. §. 1. *d. A. R. D.*

3. Sed hæc expoſitio adverſari videtur *legi* 25. quæ cum etiam etiam agat de amiſſione Servitûtis, requirit tamen opinionem juris ſibi competentis, id eſt, bonam fidem, ut quidem diſerte ſcriptum eſt *in d. l.* 25. Sed videntur illa verba quæ *ſuprâ ex l.* 25. excerpta ſunt, interpretationem recipere è verbis ſequentibus: *Ideoque ſi quis pro viâ publicâ, vel pro alterius ſervitute uſus ſit, nec interdictum, nec actio utiliter competit.* Ex his verba priora, *qui jure ſuo uti ſe credidit*, hoc modo exaudienda videntur; qui *jure prædii à ſe poſſeſſi uti ſe credidit*; Nam ſi putaverit, ſervitutem, qua uſus ſit, eſſe publici juris, aut prædio competere vicino; non poteſt dici, jure ſervitutis uti, ad retinendam ſuo prædio ſervitutem, quoniam hoc ſine animo ſibi habendi nullo modo fieri poteſt.

4. Proinde malæ fidei poſſeſſor, roget aliquis, hic etiam uti videtur cum effectu juris? Id quidem ſtatui neceſſe fuerit, neque ex iis, quæ dicta ſunt habet dubium. At quomodo ille dici poteſt, credere ſe uti jure ſuo, qui ſcit & credit, ſe nihil juris habere? Imo ſcit, ac credit, Prædio à ſe poſſeſſo competere ſervitutem, in quem ſenſum hæc verba capienda eſſe diximus, & indicat ipſa lex *in ſequentibus* verbis; Idemque natura negotii; Nam agitur de jure prædii, non de jure hominis, id eſt, de ſervitute prædiali, quam ad rem

Digitized by Google

non ad hominem directè ſe referre, definitio & omnis doctrina ſervitutis inculcat. Si quis adhuc tamen urgeat, proprietatem verborum, *credere ſe jure ſuo uti*, nonniſi duriter ad malæ fidei poſſeſſorem trahi poſſe; cogitet à potiori factam eſſe deſcriptionem & oppoſitionem. Qui credit alieno jure ſe uti, non videtur uti; proinde *ſuo jure*, uti oportet; ſuo perſonæ, non ſuo, prædii, cujus eſt Dominus, ut eſt plerumque, ſi non alieno jure utatur; minimè excluſio tamen à re ipſa poſſeſſore malæ fidei, qualis cum rarius intercedit, verba illi non opus fuit accommodari: Tamen etſi priore ſenſu, à quo non recedimus, ipſi quoque conveniat. Scilicet, illum uti jure prædii quod poſſidet; hactenus ſuo jure non habito ad ipſum prædium reſpectu, ſed ad ſervitutem prædio competentem. In hoc igitur definimus; In Uſucapione & præſcriptione longi temporis requiritur bona fides ab initio; mala fides in progreſſu non nocet. Hoc etiam de Servitutibus adfirmat *d. l.* 24. Quod tamen non impedit, quominus in eo qui ſervitute uſus eſt, requiratur opinio, quod Servitus ad prædium ab ipſo poſſeſſum pertinet, utque cum animo ſibi, non alii ſervitutem habendi, illam exercuerit. An autem rectè Lex civilis, à malæ fidei poſſeſſore præſcriptionem abſolvi ſtatuat, ad locum de Uſucapione pertinet, quem ſuo tempori & loco reſervabimus.

EUNO-

Digitized by Google

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM IX.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Ulpian. Lib. XVIII. ad Edict.

SI quadrupes pauperiem feciſſe dicetur, actio ex lege XII. *tabularum deſcendit. Quæ Lex voluit aut dari id quod nocuit, id eſt, id animal, quod noxiam commiſit, aut æſtimationem noxiæ offerri, l. 1. in pr. Si quadrup. paup. fec. dic.*

1. Iniquitatem hujus juris arguunt mores, qui fere diverſum receperunt, ut Wiſſembachius ad *h. loc.* & Groenewegius ad *tit. Inſt. Si quadrup.* referunt, nec temere, ut videtur, ſeu quadrupedem, ſive Dominum ſpectemus. Quadrupes enim ſenſu carens, ut Ulpianus ait *b. l.* §. 2. non poteſt mereri pœnam, & in Domino Lex non requirit culpam, ſine quâ tamen cum non debere teneri dictat ratio & naturæ jus, ut Grotius *lib. de Jur. B. & P. c.* 17. *n.* 21. docet. Quapropter aliæ gentes ſic; utrum animal fuerit infamatum prius vel non, diſtinguunt, ut ſi Dominus ſciverit ejus ſævitiam, de culpa teneatur: Ita Friſii *lib.* 2. *Stat. tit.* 3. *n.* 4. Sed hac parte, quod rarum & mirum, Eunomiæ partes Romanæ ſuſcipit Groenewegius *ad h. tit. Inſt.* & habitam pro eâ diſputationem, ita concludit. *Ideo abſque Senatus-Conſulti auctoritate, ab hujus rei æquitate, in praxi non eſſe recedendum; ſed ſi quadrupes pauperiem fecit, etiam hodie non noxæ deditionem, apud nos, in Domini arbitrio poſitum eſſe cenſeo*, adductis in eam rem auctoritatibus. Ad rationes autem objectas non eſt reſpondere difficile; In Brutis, ſicut imago quædam rationis agnoſcitur, ita imago pœnæ exercetur, ut homines animadverrant, quantopere à delictis ſit abſtinendum. Quare etiam jure divino bovem cornupetam morte multandum eſſe cautum eſt, *Exod.* 21. 28. quomodo & Mornacius ad *h. l.* 1. *Suſpen-*

ſus eſt ait, *concrematuſque non ita pridem immanis moloſſus unà cum Caſtrodunenſi muliere, quæ eo utebatur noctu ad infandam venerem.* Quod autem ad Dominum quadrupedis attinet, ille de quo conqueratur, etſi culpæ vacuus, nihil habet; quia dedendo animal defungi poteſt. Id autem ſi retineat, non fit ei injuria, quod, hoc facto, damnum datum approbare viſus, ad æſtimationem meritò tenetur.

2. De cenſurâ *Legis* 3. *h. t.* videbimus *infrà* ad *l. ult. d. His qui effud. vel. deject.*

Ulpianus Lib. XVIII. ad Edict.

Cum arietes vel boves commiſiſſent, & alter alterum occidit, Quintus Mucius diſtinxit: ut, ſi quidem is periſſet, qui aggreſſus erat, ceſſaret actio: Si is, qui non provocaverat, competeret actio: quamobrem eum ſibi aut noxam ſarcire, aut in noxam dedere oportere l. 1. §. 11. Si Quadrup. Pauper.

1. Hic textus *eſt vere forenſis*, ait Mornacius, & inculcat inde moderamen inculpatæ Tutelæ? Quid verò hæc ad bruta? quæ vim quidem ſibi illatam propulſant, ſed abſque diſcrimine juris & injuriæ, quod hic ab Ulpiano abſurdè brutis applicatur animantibus. Atqui pauperies, quæ eſt damnum à quadrupede *datum, eſt ſine injuriâ facientis: Nec enim poteſt animal injuriâ feciſſe, quod ſenſu caret*, ait hic ipſe noſter Ulpianus in *h. l.* 1. §. 3. Senſu videlicet, pro ratione accepto, ut infans *ſenſu* carere dicitur à Paulo *in l.* 32. §. 2. *d. Acquir. poſſ.* & furioſus non habet ſenſum *l.* 22. §. 7. *d. Solut. matrim.* Beſtias alioqui ſenſu non carere, quicquid hodie nonnulli cavillentur, ſatis conſtat; *Bellua quantum ſenſu movetur*, ait Cicero, ad id *ſolum quod adeſt, quodque præſens eſt, ſe accommodat.* 1. *Offic.* Senſus ille tantum eſt naturæ ductus & inſtinctus; ut *Cornu taurus petit, Unde, niſi intus Monſtratum?*

2. Verum hic non ſimplex ſenſus & quaſi machinalis, ſed rationalis arietibus tribuitur, cum effectu diſcreto juris & injuriæ, pro merito invaſionis aut defenſionis, ſatis, ut videtur, contradictoriè, atque ineptè in arietibus, quorum naturæ conſentaneum eſt, ut promiſcue committere ſoleant. In Dominis pecudum non ſpectari culpam placuit Legi & Prætori, ut modo vidimus; In pecudibus autem juris & injuriæ diſcrimen efficere diverſas concluſiones, ecquid eo abſurdius eſt? Non dubitant ad eo Cenſores noſtri, Autumnus & Groenewegius, adfirmare, contra Dominum arietis, qui provocavit & pauperiem fecit, nullam actionem competere, adeoque *hunc* §. non eſſe moribus hodiernis conſentaneum. Quod ſi ita accipiant, ut Dominum provocatoris, magis quam provocati, ſi accidat hunc alterum occidere, negent teneri, non videatur recuſandum. Magis enim eſſet, ut ſimpliciter interfectoris Dominum teneri ordinariâ de pauperie actione diceremus, inſuper habita diſtinctione provocantis & provocati animalis. Etſi nec eſſe cauſam, hac parte Quintum Mucium vel Ulpianum reprehendendi, ſatis indicant & bos cornupeta Moſaicus, & Pragmatici, quorum Bartolus, olim hinc probavit, cum qui pacem factam prius violavit, teneri invaſo,

laudan-

laudante Buſio *ad h. l.* & Mornacius, ut dixi, locum hunc ut valde forenſem laudat analogia duntaxat ab hominibus ad bruta ductâ.

3. Denique ratio defendendi hunc locum non petenda eſt ex eo, quod Plutarchus in *libro ea de re ſcripto* probat, τὰ ἄλογα λόγῳ χρῆσθαι, *Bruta ratione uti.* Sed cum imaginem quandam & ſimilitudinem rationis in illorum actionibus videre liceat, eâdem analogia, juris ſimilitudinem ex illis obſervari voluerunt, modo ad *pr. h. t.* intelleximus. Amplius etiam in *part.* 1. *Digreſſ. lib.* 1. *c.* XI. Juris-Conſultos ἐκ τῶν πρώτων κατὰ φύσιν, è primis naturæ ductibus, qui inſunt brutis, deduxiſſe juris concluſiones inter homines, eo magis obſervandas, quod in ipſis animalibus brutis illarum veſtigia apparerent, demonſtravimus. Magis igitur eſt, ut *hujus* §. ſententiam non modo à ratione, ſed nec ab uſu forte alienam putemus, quando præter nominatos, & Grotius in ſuâ manuductione Juris Hollandici *lib.* 3. *c.* 38. *n.* 13. pro jure certo & uſitato poſuit, Dominum animalis, quod *alterius animal invaſit*, de pauperie teneri.

Alfenus Lib. 3. Digeſtor.

Agaſo cum in tabernam equum deduceret, mulam equus olfecit; mula calcem rejecit, & crus agaſoni fregit: Conſulebatur, poſſetne cum Domino mulæ agi, quod ea pauperiem feciſſet; reſpondi, poſſe l. ult. Si Quadrup. paup.

1. Hujus legis ſententiam eſſe ridiculam, Alpheno indignam, uſuque hodierno exploſam pronuntiat Autumnus, *Confer. ad h. l.* & juxta cum Groenewegius *hic*, eo quod ille caſus magis fortuitus, quam à mulæ Domino luendus videatur. Vellem expoſuiſſent magiſtri Cenſores, quâ in re diſcrepet exemplum *hujus l.* ab argumento legis Quadrupedariæ, quam modo vindicavimus. Sic enim ea proditum eſt; *Actionem locum habere, quoties commotâ feritate quadrupes nocuit; puta, ſi equus calcitroſus calce percuſſerit, aut bos cornu petere ſolitus petierit, aut mula propter nimiam ferociam l.* 1. §. 4. *h. t.* Quare minor eſt ratio, in mula quæ olfacta calcem rejicit, quam in prædictis caſibus? Aliud foret, ſi dolore concitata calce petiiſſet §. 7. *d. l.* 1. Sed hæc ab Alpheno propoſita facti ſpecies nihil à reliquis, è quibus in Dominum quadrupedis actio datur, habet diverſi.

Cajus Lib. VII. ad Edict. Provinc.

Lege Aquiliâ, capite primo cavetur; Ut qui ſervum ſervamve, alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem injuriâ occiderit: Quanti id in eo anno plurimi fuerit, tantum æs dare Damnas eſto. l. 2. in pr. d. l. Aquil.

Ulpian.

Ulpian. Lib. XVIII. ad Edict.

Tertio autem capite, ait eadem lex Aquilia: Cæterarum rerum præter hominem & pecudem occiſos, ſi quis alteri damnum faxit, quid uſſerit, fregerit, ruperit injuriâ: quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum æs Domino dare damnas eſto. l. 27. §. 5. eod. tit.

1. D. Antonius Matthæus in diſp. VII. Fundam. Jur. cujus hæc inſcriptio eſt: *Jus civile in paucis quibuſdam capitibus à lege Dei, ab boneſtate, & à ratione deflectit*, de horum textuum argumento ita cenſet, *n.* 31. In actione legis Aquiliæ, æſtimatur, *ait*, quanti res plurimi fuit, vel anno proximo, vel diebus triginta proximus. Quæro; Cum hodie damnum datur, res plurimi eſt? quæ tum pœna damni? Sic D. Matthæus. Pœna legis eſt, ut reus præſtet, quanti res plurimi fuit, cis annum vel cis menſem. Pone rem fuiſſe nunquam pluris, quàm cum periret, hoc caſu nulla pœna erit, quod eſt verum. In eandem ſententiam D. Wiſſenbachius, *Ex principio*, item *ex* §. 9. & 15. *I. de L. Aquil. liquido liquet*, ait, *tum demum hac lege conſtitutam eſſe pœnam, cum res eſt depretiata; cum plurimi fuit vel anno proximo, vel diebus triginta proximis. Nullam contra, ſi, quo tempore damnum datur, res eſt plurimi. Nam ſervo integerrimo & pretioſſiſimo occiſo, ſolam ejus æſtimationem interfector præſtat, quod ſanè inique comparatum eſt, quia cum damnum injuriâ datum, ſit delictum l. 1. d. Privat. del. conſequens erat, ut certa ſemper, ſicut in aliis, & definita pœna ſingulis delictis eſſet. Hotom. hic*, qui mirabilem ait hac in re fuiſſe Aquilii rationem. At hæc, non tam Juris Civilis, quam multo magis, hodierni moris omnium populorum, Cenſura fuerit, qui de damno rebus alienis dato, ſi non incidat, in aliam delicti ſpeciem, non dant actionem pœnalem, ſed ut notum eſt, rei perſecutoriam duntaxat. Proinde ſi Jus Civile, quod actionem de damno pœnalem dat in re ſuâ læſo, non ita providit in ſanctione ſuâ, ut ne ullus omnino caſus, quo pœna ceſſet, exiſtere poſſit, idcirco vix eſt, ut cenſuræ notam mereri poſſit; quia magis eſt, ut ne diſciplina quidem forenſis hodierna, quæ nullam hujus rei pœnam ſtatuit, reprehenſione digna ſit. Nam alienam rem frangere, collidere, comburere, pecudem occidere, ſi delictum eſt, ut vult juris ratio, non eſt tamen ejuſmodi delictum, quod niſi puniatur, diſciplinæ publicæ vigor periclitetur; præſertim, quia, cum nihil inde penes eum, qui dat damnum, reſederit lucri, ipſa pretii, cum eo quod intereſt Domini, æſtimatio & luitio, pœnæ vicem obtinere videtur. Ita Fori, ubique gentium, uſus, hodie inquam, ſinè ullâ injuſtitiæ opinione, vel etiam ſolida cauſâ tenet ac obſervat, majori hac parte remiſſione, quam lex Aquilia præfert; Cujus ideo ſanctionem à cenſurâ Interpretum facile vindicamus.

Cajus

Cajus Lib. VII. ad Edictum Provinc. &c.

Ut igitur apparet; lex Aquilia ſervis noſtris exæquat quadrupedes, quæ pecudum numero ſunt, & gregatim habentur, veluti oves, capræ, equi, boves, muli, aſini. Sed an ſues pecudum appellatione continentur, quæritur, & teſte Labeone, placet, contineri: Sed canis inter pecudes non eſt Longe magis beſtiæ in eo numero non ſunt, veluti urſi, leones, pantheræ. Elephanti autem & Cameli quaſi mixti ſunt; nam & jumentorum óperam præſtant & natura eorum fera eſt l. 2. §. ult. de Lege Aquil.

1. Primum cenſuræ argumentum præbet hæc poſitio; quod *ſervi & quadrupedes* eodem loco habentur, in ſanctione legis Aquiliæ, quod non modo ad duritiem Romanorum, qua in ſervos uſi ſint, de quâ locus agendi fuit ad *l. 1. §. 1. d. His qui ſui vel al. jur.* ſed etiam in totum genus humanum contumelioſum videtur. Partus ſerviles non eſſe in fructu, ſecus ac partus animalium, placuit ipſis Juris auctoribus, quia *abſurdum videbatur, hominem*, ſicut pecudem, *in fructu eſſe §. In pecudum 37. I. de A. R. D.* additâ ratione, quia omnes fructus rerum natura, hominis gratia comparavit, quod etiam in *l. 28. §. 1. d. Uſur. l. 68. d. Uſufr.* habetur. Quid hic igitur Juris. Conſulti, philoſophiæ ſuæ obliti, homines ipſos, non fructus eorum cum pecudibus abſolutè atque rotundè comparandos putarunt? Hæc ſpecioſa magis quam valida eſt objectio, & ſi Antonius Matthæus JCtus acerrimus ſuper hoc articulo; *Etquid tibi videtur*, inquit, *de hac lege? Ego quidem barbaram eſſe cenſeo. Coll. Inſt. 1. Diſp 18. th. 16.* Non ego ſic equidem; namque ubi de æſtimatione rei peremptæ vel deterioris factæ agitur, non poteſt non quicquid in dominio & commercio, pecuniâ æſtimari: Proinde, poſtquam ſervos ita, ut pecudes in Dominio & in commercio eſſe, receptum eſt inter gentes, non potuit aliter fieri, quin hactenus æquarentur. Nec id alii ſubjectum eſt reprehenſioni, quám univerſum habendi ſervos inſtitutum, de quo nos egimus ad *tit. de Stat. hom.* nec ibi dicta repetimus. Nam quod aliquis putet, Juris Auctores hic parum meminiſſe dignitatis humani generis, ſatis conſtat ac alias dictum eſt; A duobus ſervum lateribus adſpici, quatenus eſt κτῆμα κυρίου res domini & in commercio ſicut pecus; & quatenus eſt membrum ſocietatis humanæ; quo reſpectu cædes ſervi punitur ut hominis liberi, in lege Cornelia; Atque ita hac ratione conditioni humanitatis, uti par eſt, honorem juſtum habuerunt.

2. Alterum Cenſuræ ſpecimen eſt in Quæſtione propoſitâ, *de ſuibus, an ſint pecudes*, quam magis merito, quàm modò, dicat Autumnus, eſſe ridiculam, pecude potius quam Gaio dignam; adde Juſtiniano, qui operæ pretium putavit, ex Ælio Martiano, in *l. 65. § 4. Legat.* 3. rem quaſi dubiam & quæſitu memorabilem probare, etiam ex Homero, qui in Odyſſæâ *lib.* 3. ſcripſerit ita:

Δήεις τόνγε σύεσσι παρήμενον. αἱ δὲ νέμονται
Πὰρ κόρακος πέτρῃ, ἐπί τε κρήνῃ Ἀρεθούσῃ:
Adſidet hic ſuibus, quorum grex paſcitur ingens
Ad Coracis ſaxum, nec non ad fontem Arethuſæ.

Papæ! dicat Weſtphalus aliquis, ne de pleriſque Europæ nationibus idem opus ſit dicere, ut eſt, Inexpectata res! quod ſuum greges dentur, quibus omnes ſylvæ agrique referti ſunt. Duos celebres Juris Conſultos ambigere, & Cæſarem Auguſtum, Juris Conditorem Civilis, laborare de probatione rei, de qua nullus è mediâ Drentiâ dubitet ruſticus! Et tamen in eadem dubitatione verſatum eſſe Virum Cl. *in libro de Incluſione animalium*, etſi è locis talium gregum feracibus ortum, auctor eſt D. Thomaſius Juriſc. Lipſienſis & nunc Anteceſſor Halâ-Brandeburgicus, cui ſe alibi hac in re ſatisfeciſſe ſcribit in *Schol. ad poſit. noſtras Inſt. tit. de lege Aquil. à pr.* Res parva, ſed tamen in re vel minimâ nolim eſſe ridiculos Juris conditores. Certe in Belgio maritimo non eſſet hæc ridicula dubitatio, quia ſues in his regionibus magis in caulis & ſtabulis aluntur, aut in cœno volutantur, quam gregatim paſcuntur. Unde, qui hac de re dubitaſſe leguntur, in ejusmodi locis egiſſe, veriſimile fit. Id utique conſtare debet, non eſſe pecudes, omnigenas quadrupes aut beſtias, ſed quæ gregatim paſci ſolent. Unde ſeparantur *h. l. Quadrupedem vel pecudem*: Ut τὸ *vel* ſit ἐξηγητικόν. Proin vide ſis, an opus ſit mutari lectionem, *Quadrupedemve pecudem*, ut emendat Vr. Cl. *tract. ad L. Aquil. c.* 2. Quadrupedem vel pecudem dixit eodem ſenſu Gajus, an Prætor quo Gajus idem in *hac L. §. 2. Quadrupedem* ait, *quæ pecudum numero continetur*, quibus verbis illud *Vel* explicitum dedit, ut etiam Juſtinianus in *pr. I. h. t.* Minus moleſtum eſt dicere, quadrupedem vel pecudem, quam ita, quadrupedem quę pecudum numero continetur. Nec tamen hæc moleſtior locutio vitii, quod ſciam, arguitur.

Juſtinianus in Tit. Inſt de L Aquil

Imperitia quoque culpæ adnumeratur. Velut, ſi medicus ideò ſervum tuum occiderit, quia male eum ſecuerit, aut perperam medicamentum dederit §. 6. *d. tit. l.* 7. §. *ult.* & l. 8. *h. t.*

D. Anton. Matthæus in ſæpe dictâ *Diſput. Fundam.* 9. *th.* 33. Judex per imperitiam, *inquit*, malè judicans in quaſi delictum incidit *pr. Inſt. de Oblig. quæ quaſi ex del. L. ult. de var. & extraord. cognit.* Medicus per imperitiam male ſecans incidit in verum delictum §. 9. *I. eod.* Inique id quoque comparatum eſt: Uterque per imperitiam peccat, & in rebus alienis dat damnum. Idem ſit igitur utriusque delictum; Pœna eadem. Ita D. Matthæus. Ad quam Cenſuram Præceptoris ſui D. Wiſſembachius *Diſp. ad Inſt.* 43 *th.* 22. *Diverſitatis*, inquit, *rationes reddi poſſunt, ſi non uſque adeo ſolidæ, & quæ plus quam neceſſitate Geometricâ nitantur, tamen probabiles.* Quæ tamen ſint rationes non exponit. Primo dici poteſt, Medici profeſſionem eſſe privatam & voluntariam, ad quam ex arte præſtandam perfectè tenetur & ſe devinxit; cum ex adverſo judicandi munus ſit publicum & inviti imponi queat *l.* 1. *d Vacat. & excuſ. Il.* Quod dignitas major ſit judicis quam medici, profertur quidem; ſed ad meritum quæſtionis pertinere non videtur. Forte magis hæc ratio: Medici culpa damnum corpori hominis infligit, quod eſt atrocius, quam præjudicium in cauſâ patrimoniali. His rationibus uti ſolebat nobiſcum D. Wiſſembachius, iiſque in *d. Diſp.* 43 *th.* 22. ſatis acriter adverſus Præcepto-

ceptoris ſui, à quo non facile recedit alioqui, cenſuram, applicat verba Duareni; *Quibus non ſatisfaciunt*, ait Duarenus, *hæ rationes*, *non ſunt apti ad tractationem civilis ſapientiæ. Ineptum eſt*, *in hac ſcientiâ quærere* ἀποδείξεις. Quod tamen ut Præceptori ſuo voluerit applicitum D. Willembachius, cujus ei ſumma merito fuit veneratio, neceſſe non eſt.

2. Sed aliud problema Cenſorium movet idem D. Antonius Matthæus in *Coll. Inſt.* 1. *Diſp.* 18. *th.* 18. quod ipſius verbis collocabimus. *Medicus*, ait, *male ſecando ſervum*, *reus legis Aquiliæ fit; damnum enim dat injuriâ*, *qui non ſatis cavet. Sed ô mihi chariſſimi & optatiſſimi Juris Conſulti*, *qui de Medicis tam diligenter inquiritis*, *nunquamne vos verbum CAVERE*, *quod totum veſtrum eſſe vultis*, *in quo veſtra omnis ſapientia & laus poſita eſt*, *monuit*, *ut de Officio veſtro non nihil cogitaretis? Venit enim aliquis juris & negotiorum imperitus*, *homo ruſticanus*, *bonus agricola aut pecuarius. Is cum ad vos de lite*, *quam vicinus ei ſuus intenderat*, *retuliſſet*, *Conſilium hoc à vobis abſtulit*, *ut ne adverſario cederet*, *ſed quoad poſſet & præſenti judicio proſequendo*, *& à ſententiâ provocando reſiſteret. Ille auctoritatem veſtram ſecutus damnum perpeſſus eſt maximum. Quæro*, *utrumne illi actionem hanc detis*, *an non? Digniſſima profecto res eſt*, *de quâ vos paulum deliberetis*, *eoque magis*, *quia paulo poſt traditis*, *Judicem*, *qui per imperitiam malè judicavit*, *non ex delicto*, *ſed quaſi ex delicto teneri. pr. I. de Obl. ex quas del.*

3. Imo hæc minime digna res eſt, de qua viri graves ambigant vel laborent. Pone caſum; Juris-Conſultus malo conſilio, fuit auctor civi, aut ruſtico multarum impenſarum. Non tenetur lege Aquiliâ, fatemur; Nec enim tale quid uſquam proditum eſt. Medicus male ſecuit, clyſterem impreſſit, (nam & Chirurgi ſunt Medici) medicamentum dedit; tenetur Aquiliâ; Sphynge opus ſit ad rationem differentię divinandam? Atqui dupondius dederit, Legem Aquiliam agere de cæde, ex vulnere hominis, pecudis aut alterius animalis; Item, ſi quid aliud ruptum, fractum, uſtum, ſciſſum, colliſum, cauſtum, corruptum, peremptum, aut quovis modo deterius factum ſit, ita, ut damnum in corpus aliquod datum ſit §. 12. 13. *& ult. Inſt. ad L. Aquil.* Quid hæc ad conſilium à Juris-Conſulto datum clienti, ſicut ad Medicum, qui corpus imperitia ſua lædit, pertinent? Sed datur inſtantia, nequid diſſimulemus. Actio in factum ad exemplum Legis Aquiliæ datur, *etſi non corpore damnum fuerit datum*, *neque corpus læſum fuerit*, *ſed alio modo alicui damnum contigerit d. §. ult. Inſt.* Reſpondetur, ejus in factum actionis exemplum legis Aquiliæ, plenus eſt hic titulus exemplorum; ſed omnia de factis, unde corporale damnum immediatè ſit ortum, etſi nulla contrectatio, facta ſit, agunt. Medicorum, manualium maximè, peccata in corpus, ſine medio, damnum inferunt: Juris-Conſulti conſilium habuit in arbitrio Conſultor, ſequi vellet, an ſecus; alios etiam conſulere potuit: ut plane factum ipſius proprium interceſſerit. Poſtremo dicet; nihil enim omittit ad Cenſuræ argumentum, Cur lex Aquilia nonniſi de damno corporaliter immediate illato cavit? Adeo finem Cenſuræ nullum habemus? Reddenda ratio non tantum eorum, quæ conſtituta, ſed etiam quæ non ſunt conſtituta legibus? Ego vero ne Juris Conſultorum peccata, regulis ipſorum, innoxia putemus, haud urgeo; deceptum conſilio maligno aut nimis imperito civem, in factum adverſus Juris Conſultum

 ex Ar-

ex Artis profeſſione reſponſi reum agere poſſe, non negem; non tamen actione in factum legis Aquiliæ; ſed ex æquo & bono, judicis arbitrio. Verum eſt interim, uſu ita fere eſſe receptum, ut non magis de Medicorum, quam de Juriſperitorum peccatis; cum priora, ut ait ex ore vulgi Groenewegius ad *pr. I. h. t.* terrâ tegantur, agi ſoleat; quod multis ille confirmat auctoritatibus, ego tamen facti magis quam Juris eſſe putem; nec deſinere Juris eſſe, quod ratio dictat & publicæ diſciplinæ vigor exigit, exiſtimo. Adde Treutl. ad *L. Aquil. th.* 18. *ibique Bachov.*

Gajus Lib. VII. ad Edict. Provic:

Lex XII. *tabularum furem noctu deprehenſum occidere permittit: Ut tamen id ipſum cum clamore teſtificetur. Interdiu autem deprehenſum ita permittit occidere, ſi is ſe telo defendat: ut tamen æquè cum clamore teſtificetur l. 4. §. 1. Ad Leg: Aquil.*

1. Etſi hoc legis XII. tabularum caput, in ſummâ conveniat cum lege Moſaica, quæ furem nocturnum perfoſſorem occidi permittit, Exod. XXII. ſimplicitati tamen & perfectioni Evangelicæ non convenire, licentiam occidendi fures nocturnos, ideoque à Chriſtianis non eſſe recipiendam, cenſet Grotius *lib. 2. de Jur. B. & P. C.* 1. *n.* 12. *Quare*, inquit, ſi res *ſervari poteſt, ita ut non videatur eſſe periculum faciendæ cædis, recte id quidem: ſin aliter, omittenda res eſt: niſi forte talis aliqua res ſit, ex quâ vita noſtra aut familiæ noſtræ pendeat, quæque judicio recuperari nequeat: forte, quia fur ſit ignotus, & ſpes ſit aliqua, ſine cæde rem abituram.* Et mox; *Quin ea, quam protulimus, ſententia, veterum Chriſtianorum ſit, non dubitamus, nec dubitavit Auguſtinus; Quomodo apud divinam providentiam*, inquit, *à peccato liberi ſunt, qui pro his rebus quas contemni oportet, humanâ cæde polluti ſunt? Nimirum in hac re*, pergit Grotius, *ut in aliis multis, cum tempore laxata eſt diſciplina, & paulatim interpretatio legis Evangelicæ cœpit ad ſeculi mores accommodari.* Non abhorret ab illa Grotii cenſurâ, quod Ulpianus hac de reſcribit in *l. 9. ad L. Cornel. de Sicar. Furem nocturnum ſi quis occiderit, ita demum impune feret, ſi parcere ei, ſine periculo ſuo non potuit*; non igitur ad res ſervandas, ſed per moderamen inculpatæ tutelæ duntaxat. Grotius diſcrimen juris Moſaici & Chriſtiani petit è loco Theologiæ minus probato; quod ut *Lex Evangelica in aliis rebus perfectior eſt lege Moyſis, ita hic quoque plus à nobis exigat. Nam ſi tunicam & pallium*, ita pergit, *deſeri jubet Chriſtus, & Paulus damnum aliquod injuſtum tolerari potius, quam litigari, quæ incruenta contentio eſt, quanto magis vult, res etiam majoris momenti deſeri potius, quam interfici à nobis hominem, Dei effigiem, eodem nobiſcum ſanguine ortum?* Nec curat recentioris ſcholæ ſententias, ut quæ in tantum à Chriſti ſcholâ recedant, ut omnes *ferme tam Juris-Conſulti, quam Theologi* (Pontificios citat) *doceant, rectè hominem à nobis interfici poſſe, rerum defendendarum cauſâ, etiam extra eos fines, in quibus Lex Moſis & Romana id prohibuit; puta. ſi fur jam re acceptâ fugiat.*

2. Ad ſuſtinendam hanc gravem Cenſuram, diſtinguendam videtur, inter officium Legiſlatoris atque Judicis, & hominis privati. Legiſlator habet rationem per-

permittendi cædem furis nocturni; quia vitæ periculum adeſſe præſumitur, cum ſciri non poſſit, inermis ſit, an ſicarius, vel utrumque ſit, qui noctu domum alienam invadit, cum teſtes haberi non poſſint, cujus rei gratia Lex Romana requirit clamorem Patrisfamilias, Moſaica perfoſſionem, quæ ſine ferro fieri non ſolet, animumque præfert atrociorem. Etſi quorundam populorum leges neutrum requirant, inter quas Edictum Ordinum Hollandiæ *d.* 16. *Decembr.* 1591. & *d.* 19. *Martii* 1614. *art.* 7. quod Furis nocturni cædem indiſtinctè permiſſam ſtatuit. Præſumptam tuendi corporis rationem, fuiſſe auctoritatem Legi XII. tabularum aliiſque ſimilibus Gentium Conſtitutionibus, liquet ex eo, quod furem diuruum aliter occidi non permitti Lex XII. quàm ſi is ſe telo defendat *h. l.* 4. & *l.* 54. §. 2. *d. Furt.* quod requiſitum in nocturnâ cæde, non patitur exigi incertitudo tenebrarum. Atque ita Lex in univerſum ſtatuit, cujus dictamen ſequitur Judex. Sed Paterfamilias in hypotheſi ipſoque facto rectè conſulet, ſi prius clamore, ſtrepitu, minis furem abigere, cohibere, vel includere ſtudeat, quàm primo impetu arma ſtringat, eumque morte percutiat; ut vero fugientem, rei ſervandæ gratiâ, ſternat, niſi res ſit ejuſmodi, qualem Grotius deſcribit, id vero ſimpliciter illicitum eſſe fatebimur. At ſi ille ſtrepitu miniſque non deterreatur, ſed urgeat ac inſtet, jam ne quidem in hypotheſi poteſt exigi, è legibus Chriſti, ut aliquis evidenti periculo ſe committat. Hujus autem diſtinctionis uſus, non eget illa poſitione, quam Grotius ex Theologiâ non optimâ deprompatam ubique præfert, majorem in Euangelio ſanctitatem, quam lege Moſaicâ præſcripta fuit, requiri. Adde ſis *Ameſium* 5. *de Conſcient. c.* 52. *n.* 15.

3. Sed Ulpiano quid faciemus? *Furem nocturnum*, inquit, *ſi quis occiderit, ita demum impune feret, ſi parcere ei ſine periculo ſuo non potuit.* Si de eo quod fas eſt tantum loqueretur, applicari poſſet ea, quam habuimus, diſtinctio; ſed agit de impunitate officioque judicis, contra quam Gajus ex l. XII. Tabb. Cum Marpurgi agerem, anno MDCLVI. recens erat factum Celebris Theologi illius Academiæ, qui hominem noctu ædes ſuas ingreſſum & in cellâ ſe occultantem malleo caſtrenſi percuſſum interfecerat; Abſolutus, imo re velut notoriâ, nequidem accuſatus eſt, etſi non conſtitiſſet, an ei ſine periculo parcere non potuiſſet, quod Ulpianus hic exigit. Nec quidem fecerat, quod officii ratione privati, faciendum eſſe diximus, ut ſtrepitu, voce territum hominem abigeret, quod facile futurum fuiſſe cum agnitus eſt, apparuit: Nec enim erat fur aut ſicarius, ſed honeſti ordinis ductor militaris, alia causâ non optimâ tamen, in ædes ingreſſus. Sic uſus Fori & praxis ipſorum Theologorum non eſt tam anxius, aut anxia, quam Ulpianus; qui nec ipſe ita videtur hic loci intelligendus, ut furis interfector, admiſſo furto, probare debeat, ſe parcere ei ſine periculo ſuo non potuiſſe. Quid ergo? Dicamus, eum hoc velle, ſi de facto conſtet, nullum fuiſſe periculum, idque paterfamilias ſciens, hominem occidere maluerit, non erit exemptus pœnæ. Re dubiâ, utetur impunitate Legis, ac ita nihil eſt, quo Ulpianum & Cajum diſſentire putemus. Mentem ſuam ipſe Ulpianus aperit alibi, his verbis; *Et ſi metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin Lege Aquilia non teneatur. Sin autem cum poſſet adprehendere, maluit occidere, magis eſt, ut injuria feciſſe videatur. Ergo & Cornelia tenebitur l.* 5. *in pr. h. t.* Modò liceat nobis, hoc loco in

 eam

eam ſententiam uti; quod Vir Cl. adfirmat, inprimis fidenter, Ulpianum hic imprudentia & incogitantia lapſum eſſe, quod Legis Corneliæ meminerit, cum jus & ratio fuerit, de Aquilia Lege duntaxat, non etiam de Cornelia in præſentis loci doctrinâ loqui. Hæc res & Cenſura ſatis notabilis operæ pretium, ſeparatæ obſervationis collocandæ pollicetur. Sic igitur ſe habet integer Ulpiani textus *huj. s loc.*

Ulpianus Lib. XVIII. ad Edict.

Sed & ſi quemcumque alium ferro ſe petentem occiderit, non videtur injuriâ occidiſſe; & ſi metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin lege Aquiliâ non teneatur. Sin autem cum poſſet apprehendere, maluit occidere, magis eſt, ut injuriâ feciſſe videatur. Ergo & Corneliâ tenebitur l. 5. in pr. ad L. Aquil.

1. Quid hic ait Ulpianus? Siquis furem nocturnum, cum poſſet adprehendere, maluit occidere, magis eſſe, ut injuriâ feciſſe videatur; ideoque etiam lege Corneliâ teneatur. Poteſtne quidquam ineptius aut minus conſentaneum Ulpiano, proferri? Hæc eſt Cenſura Viri Cl. quem aliquoties laudavimus, in hunc locum, copioſe adſtructa *lib.* 1. *Probabil. Jur. cap.* 9. Cenſet, Ulpianum, inquam, in *fin. hujus* §. imprudenter legis *Corneliæ* meminiſſe, cum vellet aut deberet dicere; *Aquiliâ*. Hoc arguere inſcriptionem, connexionem rerum, imo clare ipſius Ulpiani verba, legem Aquiliam explicantis, non Corneliam. Accedunt hæ rationes. I. Quia nihil antea quæſivit de Lege Corneliâ. II. Quia mox iterum in §. 1. non Corneliæ, ſed Aquiliæ, in eâdem quæſtione meminit. III. Quia cædes, cui applicat Corneliam, facta dicitur injuriâ, quæ hic non eſt doli, ſed etiam culpæ, cujus in lege Cornelia ratio non habetur. *l. 7. ad L. Cornel.* IV. Ulpianus in *lib. 37. ad Edictum.* unde eſt hic locus, non agit de judiciis publicis, nec de Lege Corneliâ, ſed de privatis cauſis.

2. Quominus his rationibus, Ulpianum ſui ipſius oblitum eſſe credamus, facit cum religio nil mutandi abſque neceſſitate, tum ἀκολουθία textus, in quo primo quæritur de lege Aquiliâ, mox altero caſu relato, ſubjicit, *Ergo & Corneliâ* tenebitur; hoc eſt, *etiam Lege Corneliâ*, ut Licinius Rufinus habet verba referens Ulpiani in *tit.* 7. *Collat. leg. Moſ. & Rom.* Minus apte quidem, ſi in animo fuiſſet, Aquiliam repetere; Illud *etiam* lege Cornelia, vel quod idem, *Ergo & Corneliâ*, indicat aliquid addi Aquiliæ jam dictæ. Voluit igitur Ulpianus, *Cornelia*, non fuit in animo *Aquiliâ*. Sed hoc Vir Cl. arguere ſe dicit, Ulpianum ab ſe fuiſſe alienatum, ſibi non conſtitiſſe: verba texuit, ut de Corneliâ; debuit loqui de Aquiliâ. Rufinum æquè erraviſſe non ambigit. Adeone præcisè? regerat Ulpianus: Nonne de Aquiliâ agenti à Corneliâ ad hanc, ut à majore ad minus, colligere licuit? Dicere volui inprimis, fateor, Aquiliâ teneri τὸ ὑποκείμενον. Nolui ſimpliciter rem indubiam; expreſſius, *& Cornelia*, dixi; Nedum Aquiliâ, id intelligendum reliqui. Quid magis obvium, quam cædes hominum ad utramque legem pertinere? *Lex* XII. de fure nocturno; ad quam ſpectat hic & præcedens Caji locus, nonne ad Corneliam æque ac ad Aquiliam pertinet; imo ad

ad illam magis, ſi non unicè? Quid inſolentiæ eſt igitur, argumentum legis Corneliæ proprium citare ad Aquiliam? Hoc modo Ulpianus, ni fallor, argumenta ab inſcriptione, connexione, quod dein primo, quod ſecundo, quod & quarto loco protulit Vir Cl. occuparet: ſcilicet, ultima verba textus, eſſe rationis loco, ad theſin de Aquilia. Quod tertio de ſignificatione *Injuriæ*, loco profertur; hæc tam dolo quam culpæ convenit; ergo communis eſt Aquiliæ & Corneliæ vox.

3. Sed eſt alia ratio contra Ulpianum: Paulus in *lib. 5. ſentent.* apud Rufinum *in d. Tit.* negat, furem nocturnum qui comprehendi potuit, occidentem Corneliâ teneri. Atqui is eſt caſus hujus loci. Ergo non fuit omnino dicendum Ulpiano, *Cornelia*, debuit unice loqui de *Aquilia*. In promptu eſt dicere, Paulum ab Ulpiano, æmulum ab æmulo diſcrepaſſe, quod toties feciſſe videmus: Et locum Pauli in Digeſta non relatum Ulpiano hactenus opponi non poſſe. Verum haud opus erit, opinor, huc confugere. Audiamus verba Pauli; *Si quis furem nocturnum vel diurnum, cum ſe telo defenderet, occiderit, hac quidem lege non tenebitur; ſed melius fecerit, qui eum comprehenſum transmittendumque ad Præſidem magiſtratibus obtulerit.* Nihil eſt in hoc loco poſitionis, niſi quod ad legem præcedentem vidimus, Furem qui ſe telo defendit, occidi poſſe, noctu inprimis; ſi tamen tuto prehendi poſſit, non eſſe innoxium Legis Corneliæ, qui occiderit *l. 9. ad L. Cornel.* etſi Vir Cl. hunc etiam locum *l. 9.* imperitè à Compilatoribus ſub iſtum titulum putet eſſe relatum, de quo videbimus, ubi Deo viſum fuerit, copiam nobis facere temporis eò perveniendi: Sed exceſſum Tutelæ ſui, rerumque ſuarum voluntarium, non eſſe alienum à Lege Corneliâ, non opus erit, opinor, ſollicitè probari. Eſt tamen ea res facti; & in dubio præſumitur contra furem nocturnum. Ideo Paulus eam rem, cum admonitione, quid prudentia ferre queat, transmittit; animadverſione probationibus & circumſtantiis delegatâ. Quo autem is qui tutò furem comprehendere cum poſſet, occidere maluit, à pœna legis Corneliæ omnino liberandus ſit, nihil eſt in Paulo, nec aliunde profertur. Denique, rectè faciemus, ſi nec facile ſuperſtitioni pulcherrimam Artem donemus, neque levibus atque inanibus argutiis ludibria quędam excitando, efficiamus, ut corpus juris enervetur & cadat, animique juvenum ad magna ſurgentes, calumniâ, velut peſtilenti ſidere, afflentur, ut verba Viri Cl. multa egregia in hanc rem digredientis, comiter imitemur; ſed Ulpianum erroris hac parte liceat excuſare, ſine ſuperſtitione adverſus errata Veterum.

Ulpianus Lib. XVIII. ad Edict.

Idem Mela ſcribit; Si, cum pilâ quidam luderent, vehementius quis pilâ percuſſâ, in tonſoris manus eam dejecerit, & ſic ſervi, quem tonſor radebat, gula ſit præciſa, adjecto cultello, in quocunque eorum culpa ſit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonſore eſſe culpam. Et ſane, ſi ibi tondebat, ubi ex conſuetudine ludebatur, vel ubi tranſitus frequens erat, eſt quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, ſi in loco periculoſo ſellam habenti tonſori ſe quis commiſerit, ipſum de ſe queri debere l. 11. *in pr. Ad Leg. Aquil.*

1. Si

1. Si bene dictum eſt à Theophraſto, quemadmodum ejus dictum à Juris Auctoribus adoptatur, τὸ ἅπαξ ἢ δὶς παρεκβαίνουσιν οἱ νομοθέται. *Quod ſemel aut bis accidit, id prætereunt Legiſlatores. l. 6 de Legib.* poterat in Univerſali Artis inſtitutione talis omitti caſus, qui tam inſperatæ raritatis ſit, ut magis ex imaginatione, quam ex uſu deſumptus videatur. Gulam hominis, qui radebatur, pilâ foris ludentis, in novaculam impactâ, eſſe præciſam. Ex his autem quæ forte uno aliquo caſu accidere poſſunt, jura conſtitui non oportet; habetur in *l. 4. d. tit. de Legib.* Operæ pretium eſt, Eunomiæ cauſa, hujus regulæ; ne ſæpius eam (frequens enim uſus ejus eſt) movere neceſſe ſit; hoc loco exponere ſenſum. Non id agunt Juris Conſulti, ut ne raris ac inſperatis caſibus applicent juris regulas; quemadmodum Solon ideo ſe parricidis pœnam ſanxiſſe negabat, eam ob cauſam διὰ τὸ ἀπελπίσαι; *quod non ſperaſſet* id unquam extiturum, ut eſt in ejus vita *apud Laertium:* Sed materiâ Legis propoſitâ, quæ à diverſis lateribus adſpici poteſt, in jubendo vetandoque non adſpiciunt ad latus, quod raros caſus exhibet, verum in quo ſunt ea, quæ plerumque eveniunt: *Nam ad ea potius aptari debet jus*, ait Celſus in hunc ſenſum, *quæ & frequenter & facile, quam quæ perraro eveniunt. l. 5. d. t. de LL.* Placet addere exemplum. Lege Oppiâ cautum erat, ne qua mulier *veſtimento verſicolori uteretur, nec plus ſemunciâ auri haberet, neve juncto vehiculo in urbe oppidove*, extra uſum ſacrum, *veheretur.* Liv. lib. 34. *in pr.* Latum erat ad plebem, de hac lege abrogandâ. Cato eam ſervari volebat. Objectum erat: multas eſſe matronas, quæ non ad luxum, ſed ad honeſtum decus & majeſtatem illo ornatu uterentur. At Cato, *Id modo quæritur*, ait, *quid majori parti & in ſummâ* conveniat: ſi major inde luxuriæ metus, quam decori uſus eſſet, inhærendum erat ſanctioni legis, nec ad id quod rarius, ſed plerumque eveniret, ſpectandum. Caſus in hoc loco *l.* xi. propoſitus, eſt hiſtoria ſine dubio, rara quidem; ſed cujus analogia ad alios ſimiles extendi poterat: ideòque deciſioni utiliter admovendus.

2. Sed eſt aliud cenſuræ argumentum Autumnianum; Ulpianus incertum relinquit Lectorem, utrum actio detur in tonſorem; an ei, cui gula præciſa eſt, proprius error imputandus ſit. Sic enim ex eo colligi poteſt; In ſe & in univerſum eſt caſus fortuitus: At ſi culpa caſui cauſam dederit, qui eſt in culpa, huic eventus imputandus eſt: Ergo & *hic* tonſori, ſi in loco periculoſo & frequenti ſellam habuerit ſua calamitas ſoli nocebit. Romani adſiduo radebantur, egreſſi adoleſcentiam, liberi & ſervi. Erant, ut apparet, tonſores circulatores, qui æſtis causâ, per circos & fora, cum ſellis ambulabant, ut obvios raderent, & plerumque conſidebant apparebantque in locis multi tranſitus, lucelli crebrioris causâ Si locus non eſſet aliquanto remotior, ut obvii & tranſeuntes haud facile tonſori, vel ſedentibus & gulam præbentibus illidi atque impingi poſſent, vel etiam, ubi mos eſſet, pilâ ludi; Tonſor erat in culpâ, & tenebatur, pecuniariè ſcilicet, ut eſt argumentum Legis Aquiliæ. Ita Ulpianus; ſed addit, per adverſativam, *Quamvis*; recte dici, eſſe, quod jugulato imputetur, quia tali loco ſe novaculæ commiſerit. Προβληματικῶς ut lector eligat? hoc eſt quod Cenſor arguat in lege, non immerito. Quid ergo? Baſilici τὸ *quamvis* non accipiunt adverſativè, ſed ampliative, pro *non obſtante*, ut videtur. Ita enim vertunt hæc; *Quamvis nec illud malè dicatur.* Εἰ καί τοι μάλιστα καλῶς λέγοι τις ἄν; *Etiam ſi maxime recte dicat aliquis.*

Tali

Digitized by Google

Tali ſenſu Tonſor eſt in culpâ, non obſtante, quod non male dici queat, eum qui ſe commiſit tonſori, habere quod ſibi imputet; prævalere tamen tonſoris culpam, ut ad luendum teneatur. Eodem ſenſu plerique τὸ *quamvis* accipiunt in §. *ſimiliter* 8. *I. de Excuſ. Tut.* ubi vix eſt ut aliter accipi poſſit. Verum ego hic Ulpianum ſimpliciter intellexerim, hoc modo; Proculus in tonſore culpam eſſe putabat: Sed tu rectè diſtinguas, utrum locus ille notabiliter fuerit periculoſus, an ſecus. Si non, pro caſu fortuito habenda eſt cædes aut vulnus: Sin aliter, iterum diſtingues; Aut is qui radebatur, conſcius Loci & periculi, ſe Tonſori commiſit, & ipſi res imputatur, ſi cupiens inter radendum frui ſpectaculo, improviſam acceperit plagam: Aut ignarus fuit periculi; & Proculi ſententia vera eſt. Hæc, ut videtur, eſt mens Ulpiani in *hoc loco*.

Ulpianus Lib. XVIII. ad Edict.

Hanc actionem & heredi cæteriſque ſucceſſoribus dari conſtat; ſed in heredem vel cæteros hæc actio non dabitur, cum ſit pœnalis: niſi forſitan ex damno locupletior heres factus ſit l. 23. §. 8. *ad L. Aquil.*

Ant. Matthæus *Coll. Inſt.* 1. *Diſp.* 18. *th.* 10. Sed nec hoc, *inquit*, concoquere poſſum, quod actio Legis Aquiliæ, ceu pœnalis, in heredem nequaquam tranſit; Quæ mihi videtur ſumma iniquitas, quam vel ex ipſo Imperatore intelligere haud obſcure licet §. *his autem in fin. Inſt. h. t. Quæ tranſitura fuiſſet, ſi ultra damnum lis nunquam æſtimaretur.* Ita D. Matthæus. Aliam D. Wiſſembachius cenſuram ſtringit; Imo, ſi ex veritate, *inquit*, non auctoritate judicandum, Actio Legis Aquiliæ non eſt verè pœnalis, quia principaliter damnum perſequitur, & nonnunquam contingit, ut eo die, quo damnum datur, res plurimi ſit, quo caſu ſane non pœnalis eſt hæc actio, ſed verè rei perſecutoria. Quin etiam, ne tum quidem, cum æſtimatio fit ὀπίσθω, retrorſum, id eſt, cum res tanti æſtimatur, quanti fuit plurimi anno proximo, vel diebus triginta proximis, actio Legis Aquiliæ rectè dicatur pœnalis, ſed potius mixta vocanda §. 19. *I. de Action.* Hinc, an, & quatenus in heredem detur hæc actio, proclive dictu fuerit. Hæc D. Wiſſembach. *ad Inſt. diſp.* 42. *th.* 11.

7. Satisfaciendum eſt primo, Cenſuræ Wiſſembachianæ. Juſtinianus indicat & res loquitur, denominationem qualitatis pœnalis non eſſe petitam ab eo quod in hypotheſi ſinguliſque caſibus uſu venturum ſit, verum ab eo, quod in theſi & in genere ineſt in naturâ actionis. Hoc modo & ſenſu hæc actio non eſt rei perſecutoria, ſed pœnalis, id eſt, pœnam continens, non meram & ſolam pœnam, quod nec Juſtinianus adfirmat; ſed pœnam ſupra rem, ſive damni æſtimationem: Verum eſt, trimembrem eſſe Actionum diviſionem in Rei perſecutorias, Pœnales & Mixtas. Sed non habet cauſam poſtulandi D. Wiſſembachius, ut ubique trimembris illa partitio actionum, in conſpectu ſit Juris Auctoribus. Sæpe fit oppoſitio pœnalium & rei perſecutoriarum ſimpliciter, ut in *l.* 4. §. *ult. d. Alien. Jud. mut.* Et pœnales ſignificant omnes, in quibus eſt plus quam rei perſe-

Digitized by Google

ſus eſt ait, *concrematuſque non ita pridem immanis moloſſus unà cum Caſtrodunenſi muliere, quæ eo utebatur noctu ad infandam venerem.* Quod autem ad Dominum quadrupedis attinet, ille de quo conqueratur, etſi culpæ vacuus, nihil habet; quia dedendo animal defungi poteſt. Id autem ſi retineat, non fit ei injuria, quod, hoc facto, damnum datum approbare viſus, ad æſtimationem meritò tenetur.

2. De cenſurâ *Legis* 3. *h. t.* videbimus *infrà* ad *l. ult. d. His qui effud. vel. deject.*

Ulpianus Lib. XVIII. ad Edict.

Cum arietes vel boves commiſiſſent, & alter alterum occidit, Quintus Mucius diſtinxit: ut, ſi quidem is periiſſet, qui aggreſſus erat, ceſſaret actio: Si is, qui non provocaverat, competeret actio: quamobrem eum ſibi aut noxam ſarcire, aut in noxam dedere oportere l. 1. §. 11. *Si Quadrup. Pauper.*

1. Hic textus *eſt vere forenſis*, ait Mornacius, & inculcat inde moderamen inculpatæ Tutelæ? Quid verò hæc ad bruta? quæ vim quidem ſibi illatam propulſant, ſed abſque diſcrimine juris & injuriæ, quod hic ab Ulpiano abſurdè brutis applicatur animantibus. Atqui pauperies, quæ eſt damnum à quadrupede *datum*, *eſt ſine injuriâ facientis: Nec enim poteſt animal injuriâ feciſſe, quod ſenſu caret*, ait hic ipſe noſter Ulpianus in *h. l.* 1. §. 3. Senſu videlicet, pro ratione accepto, ut infans *ſenſu* carere dicitur à Paulo *in l.* 32. §. 2. *d. Acquir. poſſ.* & furioſus non habet ſenſum *l.* 22. §. 7. *d. Solut. matrim.* Beſtias alioqui ſenſu non carere, quicquid hodie nonnulli cavillentur, ſatis conſtat; *Bellua quantum ſenſu movetur*, ait Cicero, ad id *ſolum quod adeſt*, *quodque præſens eſt*, *ſe accommodat.* 1. *Offic.* Senſus ille tantum eſt naturæ ductus & inſtinctus; ut *Cornu taurus petit*, *Unde*, *niſi intus Monſtratum*?

2. Verum hic non ſimplex ſenſus & quaſi machinalis, ſed rationalis arietibus tribuitur, cum effectu diſcreto juris & injuriæ, pro merito invaſionis aut defenſionis, ſatis, ut videtur, contradictoriè, atque ineptè in arietibus, quorum naturæ conſentaneum eſt, ut promiſcue committere ſoleant. In Dominis pecudum non ſpectari culpam placuit Legi & Prætori, ut modo vidimus; In pecudibus autem juris & injuriæ diſcrimen efficere diverſas concluſiones, ecquid eo abſurdius eſt? Non dubitant ad eo Cenſores noſtri, Autumnus & Groenewegius, adfirmare, contra Dominum arietis, qui provocavit & pauperiem fecit, nullam actionem competere, adeoque *hunc* §. non eſſe moribus hodiernis conſentaneum. Quod ſi ita accipiant, ut Dominum provocatoris, magis quam provocati, ſi accidat hunc alterum occidere, negent teneri, non videatur recuſandum: Magis enim eſſet, ut ſimpliciter interfectoris Dominum teneri ordinariâ de pauperie actione diceremus, inſuper habita diſtinctione provocantis & provocati animalis. Etſi nec eſſe cauſam, hac parte Quintum Mucium vel Ulpianum reprehendendi, ſatis indicant & bos cornupeta Moſaicus, & Pragmatici, quorum Bartolus, olim hinc probavit, eum qui pacem factam prius violavit, teneri invaſo, laudan-

Digitized by Google

laudante Buſio *ad h. l.* & Mornacius, ut dixi, locum hunc ut valde forenſem laudat analogia duntaxat ab hominibus ad bruta ductâ.

3. Denique ratio defendendi hunc locum non petenda eſt ex eo, quod Plutarchus in *libro ea de re ſcripto* probat, Τὰ ἄλογα λόγῳ χρῆσθαι, *Bruta ratione uti.* Sed cum imaginem quandam & ſimilitudinem rationis in illorum actionibus videre liceat, eâdem analogia, juris ſimilitudinem ex illis obſervari voluerunt, modo ad *pr. h. t.* intelleximus. Amplius etiam in *part.* 1. *Digreſſ. lib.* 1. *c.* XI. Juris-Conſultos ἐκ τῶν πρώτων κατὰ φύσιν, è primis naturæ ductibus, qui inſunt brutis, deduxiſſe juris concluſiones inter homines, eo magis obſervandas, quod in ipſis animalibus brutis illarum veſtigia apparerent, demonſtravimus. Magis igitur eſt, ut *hujus* §. ſententiam non modo à ratione, ſed nec ab uſu forte alienam putemus, quando præter nominatos, & Grotius in ſuâ manuductione Juris Hollandici *lib.* 3. *c.* 38. *n.* 13. pro jure certo & uſitato poſuit, Dominum animalis, quod *alterius animal invaſit*, de pauperie teneri.

Alfenus Lib. 3. Digeſtor.

Agaſo cum in tabernam equum deduceret, mulam equus olfecit; mula calcem rejecit, & crus agaſoni fregit: Conſulebatur, poſſetne cum Domino mulæ agi, quod ea pauperiem feciſſet; reſpondi, poſſe l. ult. Si Quadrup. paup.

1. Hujus legis ſententiam eſſe ridiculam, Alpheno indignam, uſuque hodierno exploſam pronuntiat Autumnus, *Confer. ad h. l.* & juxta cum Groenewegius *hic*, eo quod ille caſus magis fortuitus, quam à mulæ Domino luendus videatur. Vellem expoſuiſſent magiſtri Cenſores, quâ in re diſcrepet exemplum *hujus l.* ab argumento legis Quadrupedariæ, quam modo vindicavimus. Sic enim ea proditum eſt; *Actionem locum habere, quoties commotâ feritate quadrupes nocuit; puta, ſi equus calcitroſus calce percuſſerit, aut bos cornu petere ſolitus petierit, aut mula propter nimiam ferociam l.* 1. §. 4. *h. t.* Quare minor eſt ratio, in mula quæ olfacta calcem rejicit, quam in prædictis caſibus? Aliud foret, ſi dolore concitata calce petiiſſet §. 7. *d. l.* 1. Sed hæc ab Alpheno propoſita facti ſpecies nihil à reliquis, è quibus in Dominum quadrupedis actio datur, habet diverſi.

Cajus Lib. VII. ad Edict. Provinc.

Lege Aquiliâ, capite primo cavetur; Ut qui ſervum ſervamve, alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem injuriâ occiderit: Quanti id in eo anno plurimi fuerit, tantum æs dare Damnas eſto. l. 2. *in pr. d. l. Aquil.*

Ulpia;

Digitized by Google

Ulpian. Lib. XVIII. ad Edict.

Tertio autem capite, ait eadem lex Aquilia: Cæterarum rerum præter hominem & pecudem occiſos, ſi quis alteri damnum faxit, quid uſſerit, fregerit, ruperit injuriâ: quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum æs Domino dare damnas eſto. l. 27. §. 5. eod. tit.

1. D. Antonius Matthæus in diſp. VII. Fundam. Jur. cujus hæc inſcriptio eſt: *Jus civile in paucis quibuſdam capitibus à lege Dei, ab honeſtate, & à ratione deflectit*, de horum textuum argumento ita cenſet, *n.* 31. In actione legis Aquiliæ, æſtimatur, *ait*, quanti res plurimi fuit, vel anno proximo, vel diebus triginta proximus. Quæro; Cum hodie damnum datur, res plurimi eſt: quæ tum pœna damni? Sic D. Matthæus. Pœna legis eſt, ut reus præſtet, quanti res plurimi fuit, cis annum vel cis menſem. Pone rem fuiſſe nunquam pluris, quàm cum periret, hoc caſu nulla pœna erit, quod eſt verum. In eandem ſententiam D. Wiſſenbachius, *Ex principio*, item *ex* §. 9. & 15. *I. de L. Aquil. liquido liquet*, ait, *tum demum hac lege conſtitutam eſſe pœnam, cum res eſt depretiata; cum plurimi fuit vel anno proximo, vel diebus triginta proximis. Nullam contra, ſi, quo tempore damnum datur, res eſt plurimi. Nam ſervo integerrimo & pretioſſiſimo occiſo, ſolam ejus æſtimationem interfector præſtat, quod ſanè inique comparatum eſt, quia cum damnum injuriâ datum, ſit delictum l. 1. d. Privat. del. conſequens erat, ut certa ſemper, ſicut in aliis, & definita pœna ſingulis delictis eſſet. Hotom. hic*, qui mirabilem ait hac in re fuiſſe Aquilii rationem. At hæc, non tam Juris Civilis, quam multo magis, hodierni moris omnium populorum, Cenſura fuerit, qui de damno rebus alienis dato, ſi non incidat, in aliam delicti ſpeciem, non dant actionem pœnalem, ſed ut notum eſt, rei perſecutoriam duntaxat. Proinde ſi Jus Civile, quod actionem de damno pœnalem dat in re ſuâ læſo, non ita providit in ſanctione ſuâ, ut ne ullus omnino caſus, quo pœna ceſſet, exiſtere poſſit, idcirco vix eſt, ut cenſuræ notam mereri poſſit; quia magis eſt, ut ne diſciplina quidem forenſis hodierna, quæ nullam hujus rei pœnam ſtatuit, reprehenſione digna ſit. Nam alienam rem frangere, collidere, comburere, pecudem occidere, ſi delictum eſt, ut vult juris ratio, non eſt tamen ejuſmodi delictum, quod niſi puniatur, diſciplinæ publicæ vigor periclitetur; præſertim, quia, cum nihil inde penes eum, qui dat damnum, reſederit lucri, ipſa preſſi, cum eo quod intereſt Domini, æſtimatio & luitio, pœnæ vicem obtinere videtur. Ita Fori, ubique gentium, uſus, hodie inquam, ſinè ullâ injuſtitiæ opinione, vel etiam ſolida cauſâ tenet ac obſervat, majori hac parte remiſſione, quam lex Aquilia præfert; Cujus ideo ſanctionem à cenſurâ Interpretum facile vindicamus.

Cajus

Cajus Lib. vii. ad Edictum Provinc. &c.

Ut igitur apparet; lex Aquilia ſervis noſtris exæquat quadrupedes, quæ pecudum numero ſunt, & gregatim habentur, veluti oves, capræ, equi, boves, muli, aſini. Sed an ſues pecudum appellatione continentur, quæritur, & teſte Labeone, placet, contineri: Sed canis inter pecudes non eſt. Longe magis beſtiæ in eo numero non ſunt, veluti urſi, leones, pantheræ. Elephanti autem & Cameli quaſi mixti ſunt; nam & jumentorum operam præſtant & natura eorum fera eſt l. 2. §. ult. de Lege Aquil.

1. Primum cenſuræ argumentum præbet hæc poſitio; quod *ſervi & quadrupedes* eodem loco habentur, in ſanctione legis Aquiliæ, quod non modo ad duritiem Romanorum, qua in ſervos uſi ſint, de quâ locus agendi fuit ad *l. 1. §. 1. d. His qui ſui vel al. jur.* ſed etiam in totum genus humanum contumelioſum videtur. Partus ſerviles non eſſe in fructu, ſecus ac partus animalium, placuit ipſis Juris auctoribus, quia *abſurdum videbatur, hominem*, ſicut pecudem, *in fructu eſſe §. In pecudum 37. I. de A. R. D.* additâ ratione, quia omnes fructus rerum natura, hominis gratia comparavit, quod etiam in *l. 28. §. 1. d. Uſur. l. 68. d. Uſufr.* habetur. Quid hic igitur Juris Conſulti, philoſophiæ ſuæ obliti, homines ipſos, non fructus eorum cum pecudibus abſolutè atque rotundè comparandos putarunt? Hæc ſpecioſa magis quam valida eſt objectio, & ſi Antonius Matthæus ICtus acerrimus ſuper hoc articulo; *Et quid tibi videtur*, inquit, *de hac lege? Ego quidem barbaram eſſe cenſeo. Coll. Inſt. 1. Diſp. 18. th. 16.* Non ego ſic equidem; namque ubi de æſtimatione rei peremptæ vel deterioris factæ agitur, non poteſt non quicquid in dominio & commercio, pecuniâ æſtimari: Proinde, poſtquam ſervos ita, ut pecudes in Dominio & in commercio eſſe, receptum eſt inter gentes, non potuit aliter fieri, quin hactenus æquarentur. Neç id alii ſubjectum eſt reprehenſioni, quàm univerſum habendi ſervos inſtitutum, de quo nos egimus ad *tit. de Stat. hom.* nec ibi dicta repetimus. Nam quod aliquis putet, Juris Auctores hic parum meminiſſe dignitatis humani generis, ſatis conſtat ac alias dictum eſt; A duobus ſervum lateribus adſpici, quatenus eſt κτῆμα κυρίω res domini & in commercio ſicut pecus; & quatenus eſt membrum ſocietatis humanæ; quo reſpectu cædes ſervi punitur ut hominis liberi, in lege Cornelia; Atque ita hac ratione conditioni humanitatis, uti par eſt, honorem juſtum habuerunt.

2. Alterum Cenſuræ ſpecimen eſt in Quæſtione propoſitâ, *de ſuibus, an ſint pecudes*, quam magis merito, quàm modò, dicat Autumnus, eſſe ridiculam, pecude potius quam Gajo dignam; adde Juſtiniano, qui operæ pretium putavit, ex Ælio Marciano, in *l. 65. § 4. Legat. 3.* rem quaſi dubiam & quæſitu memorabilem probare, etiam ex Homero, qui in Odyſſeâ *lib. 3.* ſcripſerit ita:

Δήεις τόνγε σύεσσι παρήμενον, αἱ δὲ νέμον)
Πὰρ κόρακος πέτρῃ, ἐπί τε κρήνῃ Ἀρεθούσῃ:
Adſidet hic ſuibus, quorum grex paſcitur ingens
Ad Coracis ſaxum, nec non ad fontem Arethuſæ.

ceptoris ſui, à quo non facile recedit alioqui, cenſuram, applicat verba Duareni; *Quibus non ſatisfaciunt*, ait Duarenus, *hæ rationes, non ſunt apti ad tractationem civilis ſapientiæ. Ineptum eſt, in hac ſcientiâ quærere ἀπόδειξεις.* Quod tamen ut Præceptori ſuo voluerit applicitum D. Willembachius, cujus ei ſumma merito fuit veneratio, neceſſe non eſt.

2. Sed aliud problema Cenſorium movet idem D. Antonius Matthæus in *Coll. Inſt.* 1. *Diſp.* 18. *th.* 18 quod ipſius verbis collocabimus. *Medicus*, ait, *malè ſecando ſervum, reus legis Aquiliæ fit; damnum enim dat injuriâ, qui non ſatis cavet. Sed ô mihi chariſſimi & optatiſſimi Juris Conſulti, qui de Medicis tam diligenter inquiritis, nunquamne vos verbum CAVERE, quod totum veſtrum eſſe vultis, in quo veſtra omnis ſapientia & laus poſita eſt, monuit, ut de Officio veſtro non nihil cogitaretis? Venit enim aliquis juris & negotiorum imperitus, homo ruſticanus, bonus agricola aut pecuarius. Is cum ad vos de lite, quam vicinus ei ſuus intenderat, retuliſſet, Conſilium hoc à vobis abſtulit, ut ne adverſario cederet, ſed quoad poſſet & præſenti judicio proſequendo, & à ſententiâ provocando reſiſteret. Ille auctoritatem veſtram ſecutus damnum perpeſſus eſt maximum. Quæro, utrumne illi actionem hanc detis, an non? Digniſſima profecto res eſt, de quâ vos paulum deliberetis, eoque magis, quia paulo poſt traditis, Judicem, qui per imperitiam malè judicavit, non ex delicto, ſed quaſi ex delicto teneri. pr. I. de Obl. ex quas del.*

3. Imo hæc minime digna res eſt, de qua viri graves ambigant vel laborent. Pone caſum; Juris-Conſultus malo conſilio, fuit auctor civi, aut ruſtico multarum impenſarum. Non tenetur lege Aquiliâ, fatemur; Nec enim tale quid uſquam proditum eſt. Medicus male ſecuit, clyſterem impreſſit, (nam & Chirurgi ſunt Medici) medicamentum dedit; tenetur Aquiliâ; Sphynge opus ſit ad rationem differentię divinandam? Atqui dupondius dederit, Legem Aquiliam agere de cæde, ex vulnere hominis, pecudis aut alterius animalis; Item, ſi quid aliud ruptum, fractum, uſtum, ſciſſum, colliſum, effuſum, corruptum, peremptum, aut quovis modo deterius factum ſit, ita, ut damnum in corpus aliquod datum ſit §. 12. 13. & *ult. Inſt. ad L. Aquil.* Quid hæc ad conſilium à Juris-Conſulto datum clienti, ſicut ad Medicum, qui corpus imperitia ſua lædit, pertinent? Sed datur inſtantia, nequid diſſimulemus. Actio in factum ad exemplum Legis Aquiliæ datur, *etſi non corpore damnum fuerit datum, neque corpus læſum fuerit, ſed alio modo alicui damnum contigerit d. §. ult. Inſt.* Reſpondetur, ejus in factum actionis exemplum legis Aquiliæ, plenus eſt hic titulus exemplorum; ſed omnia de factis, unde corporale damnum immediatè ſit ortum, etſi nulla contrectatio, facta ſit, agunt. Medicorum, manualium maximè, peccata in corpus, ſine medio, damnum inferunt: Juris-Conſulti conſilium habuit in arbitrio Conſultor, ſequi vellet, an ſecus; alios etiam conſulere potuit: ut plane factum ipſius proprium interceſſerit. Poſtremo dicet; nihil enim omittit ad Cenſuræ argumentum, Cur lex Aquilia nonniſi de damno corporaliter immediate illato cavit? Adeo finem Cenſuræ nullum habemus? Reddenda ratio non tantum eorum, quæ conſtituta, ſed etiam quæ non ſunt conſtituta legibus? Ego vero ne Juris Conſultorum peccata, regulis ipſorum, innoxia putemus, haud urgeo; deceptum conſilio maligno aut nimis imperito civem, in factum adverſus Juris Conſultum ex Ar-

Digitized by Google

ex Artis profeſſione reſponſi reum agere poſſe, non negem; non tamen actione in factum legis Aquiliæ; ſed ex æquo & bono, judicis arbitrio. Verum eſt interim, uſu ita fere eſſe receptum, ut non magis de Medicorum, quam de Juriſperitorum peccatis; cum priora, ut ait ex ore vulgi Groenewegius ad *pr. l. h. t.* terrâ tegantur, agi ſoleat; quod multis ille confirmat auctoritatibus, ego tamen facti magis quam Juris eſſe putem; nec deſinere Juris eſſe, quod ratio dictat & publicæ diſciplinæ vigor exigit, exiſtimo. Adde Treutl. ad *L. Aquil. th.* 18. *ibique Bachov.*

Gajus Lib. VII. ad Edict. Provic:

Lex XII. *tabularum furem noctu deprehenſum occidere permittit: Ut tamen id ipſum cum clamore teſtificetur. Interdiu autem deprehenſum ita permittit occidere, ſi is ſe telo defendat: ut tamen æquè cum clamore teſtificetur l.* 4. *§.* 1. *Ad Leg: Aquil.*

1. Etſi hoc legis XII. tabularum caput, in ſummâ conveniat cum lege Moſaica, quæ furem nocturnum perfoſſorem occidi permittit, Exod. XXII. ſimplicitati tamen & perfectioni Evangelicæ non convenire, licentiam occidendi fures nocturnos, ideoque à Chriſtianis non eſſe recipiendam, cenſet Grotius *lib.* 2. *de Jur. B. & P. C.* 1. *n.* 12. *Quare*, inquit, *ſi res ſervari poteſt, ita ut non videatur eſſe periculum faciendæ cædis, recte id quidem: ſin aliter, omittenda res eſt: niſi forte talis aliqua res ſit, ex quâ vita noſtra aut familiæ noſtræ pendeat, quæque judicio recuperari nequeat: forte, quia fur ſit ignotus, & ſpes ſit aliqua, ſine cæde rem abituram.* Et mox; *Quin ea, quam protulimus, ſententia, veterum Chriſtianorum ſit, non dubitamus, nec dubitavit Auguſtinus; Quomodo apud divinam providentiam*, inquit, *à peccato liberi ſunt, qui pro his rebus quas contemni oportet, humanâ cæde polluti ſunt? Nimirum in hac re*, pergit Grotius, *ut in aliis multis, cum tempore laxata eſt diſciplina, & paulatim interpretatio legis Evangelicæ cœpit ad ſeculi mores accommodari.* Non abhorret ab illa Grotii cenſurâ, quod Ulpianus hac de reſcribit in *l.* 9. *ad L. Cornel. de Sicar. Furem nocturnum ſi quis occiderit, ita demum impune feret, ſi parcere ei, ſine periculo ſuo non potuit*; non igitur ad res ſervandas, ſed per moderamen inculpatæ tutelæ duntaxat. Grotius diſcrimen juris Moſaici & Chriſtiani petit è loco Theologiæ minus probato; quod ut *Lex Evangelica in aliis rebus perfectior eſt lege Moyſis, ita hic quoque plus à nobis exigat. Nam ſi tunicam & pallium*, ita pergit, *deſeri jubet Chriſtus, & Paulus damnum aliquod injuſtum tolerari potius, quam litigari, quæ incruenta contentio eſt, quanto magis vult, res etiam majoris momenti deſeri potius, quam interfici à nobis hominem, Dei effigiem, eodem nobiſcum ſanguine ortum?* Nec curat recentioris ſcholæ ſententias, ut quæ in tantum à Chriſti ſcholâ recedant, ut omnes *ferme tam Juris-Conſulti, quam Theologi* (Pontificios citat) *doceant, rectè hominem à nobis interfici poſſe, rerum defendendarum causâ, etiam extra eos fines, in quibus Lex Moſis & Romana id prohibuit; puta, ſi fur jam re acceptâ fugiat.*

2. Ad ſuſtinendam hanc gravem Cenſuram, diſtinguendum videtur, inter officium Legiſlatoris atque Judicis, & hominis privati. Legiſlator habet rationem per-

permittendi cædem furis nocturni; quia vitæ periculum adeſſe præſumitur, cum ſciri non poſſit, inermis ſit, an ſicarius, vel utrumque ſit, qui noctu demum alienam invadit, cum teſtes haberi non poſſint, cujus rei gratia Lex Romana requirit clamorem Patrisfamilias, Moſaica perfoſſionem, quæ ſine ferro fieri non ſolet, animumque præfert atrociorem. Etſi quorundam populorum leges neutrum requirant, inter quas Edictum Ordinum Hollandiæ *d.* 16. *Decembr.* 1591. & *d.* 19. *Martii* 1614. *art.* 7. quod Furis nocturni cædem indiſtincte permiſſam ſtatuit. Præſumptam tuendi corporis rationem, fuiſſe auctoritatem Legi XII. tabularum aliiſque ſimilibus Gentium Conſtitutionibus, liquet ex eo, quod furem diurnum aliter occidi non permitti Lex XII. quàm ſi is ſe telo defendat *h. l.* 4. & *l.* 54. §. 2. *d. Furt.* quod requiſitum in nocturnâ cæde, non patitur exigi incertitudo tenebrarum. Atque ita Lex in univerſum ſtatuit, cujus dictamen ſequitur Judex. Sed Paterfamilias in hypotheſi ipſoque facto recte conſulet, ſi prius clamore, ſtrepitu, minis furem abigere, cohibere, vel includere ſtudeat, quàm primo impetu arma ſtringat, eumque morte percutiat; ut vero fugientem, rei ſervandæ gratiâ, ſternat, niſi res ſit ejuſmodi, qualem Grotius deſcribit, id vero ſimpliciter illicitum eſſe fatebimur. At ſi ille ſtrepitu miniſque non deterreatur, ſed urgeat ac inſtet, jam ne quidem in hypotheſi poteſt exigi, è legibus Chriſti, ut aliquis evidenti periculo ſe committat. Hujus autem diſtinctionis uſus, non eget illa poſitione, quam Grotius ex Theologiâ non optimâ depromptam ubique præfert, majorem in Euangelio ſanctitatem, quam lege Moſaicâ præſcripta fuit, requiri. Adde ſis *Ameſium* 5. *de Conſcient. c.* 52. *n.* 15.

3. Sed Ulpiano quid faciemus? *Furem nocturnum*, inquit, *ſi quis occiderit, ita demum impune feret, ſi parcere ei ſine periculo ſuo non potuit.* Si de eo quod fas eſt tantum loqueretur, applicari poſſet ea, quam habuimus, diſtinctio; ſed agit de impunitate officioque judicis, contra quam Gajus ex l. XII. Tabb. Cum Marpurgi agerem, anno MDCLVI. recens erat factum Celebris Theologi illius Academiæ, qui hominem noctu ædes ſuas ingreſſum & in cellâ ſe occultantem malleo caſtrenſi percuſſum interfecerat; Abſolutus, imo re velut notoriâ, nequidem accuſatus eſt, etſi non conſtitiſſet, an ei ſine periculo parcere non potuiſſet, quod Ulpianus hic exigit. Nec quidem fecerat, quod officii ratione privati, faciendum eſſe diximus, ut ſtrepitu, voce territum hominem abigeret, quod facile futurum fuiſſe cum agnitus eſt, apparuit: Nec enim erat fur aut ſicarius, ſed honeſti ordinis ductor militaris, alia causâ non optimâ tamen, in ædes ingreſſus. Sic uſus Fori & praxis ipſorum Theologorum non eſt tam anxius, aut anxia, quam Ulpianus; qui nec ipſe ita videtur hic loci intelligendus, ut furis interfector, admiſſo furto, probare debeat, ſe parcere ei ſine periculo ſuo non potuiſſe. Quid ergo? Dicamus, eum hoc velle, ſi de facto conſtet, nullum fuiſſe periculum, idque paterfamilias ſciens, hominem occidere maluerit, non erit exemptus pœnæ. Re dubiâ, utetur impunitate Legis, ac ita nihil eſt, quo Ulpianum & Gajum diſſentire putemus. Mentem ſuam ipſe Ulpianus aperit alibi, his verbis; *Et ſi metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin Lege Aquilia non teneatur. Sin autem cum poſſet adprehendere, maluit occidere, magis eſt, ut injuria feciſſe videatur. Ergo & Cornelia tenebitur l.* 5. *in pr. h. t.* Modò liceat nobis, hoc loco in

 eam

eam ſententiam uti; quod Vir Cl. adfirmat, inprimis fidenter, Ulpianum hic imprudentia & incogitantia lapſum eſſe, quod Legis Corneliæ meminerit, cum jus & ratio fuerit, de Aquilia Lege duntaxat, non etiam de Cornelia in præſentis loci doctrinâ loqui. Hæc res & Cenſura ſatis notabilis operæ pretium, ſeparatæ obſervationis collocandæ pollicetur. Sic igitur ſe habet integer Ulpiani textus *huj. s loc.*

Ulpianus Lib. XVIII. ad Edict.

Sed & ſi quemcumque alium ferro ſe petentem occiderit, non videtur injuriâ occidiſſe; & ſi metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin lege Aquiliâ non teneatur. Sin autem cum poſſet apprehendere, maluit occidere, magis eſt, ut injuriâ fecisſe videatur. Ergo & Corneliâ tenebitur l. 5. in pr. ad L. Aquil.

1. Quid hic ait Ulpianus? Siquis furem nocturnum, cum poſſet adprehendere, maluit occidere, magis eſſe, ut injuriâ feciſſe videatur; ideoque etiam lege Corneliâ teneatur. Poteſtne quidquam ineptius aut minus conſentaneum Ulpiano, proferri? Hæc eſt Cenſura Viri Cl. quem aliquoties laudavimus, in hunc locum, copioſe adſtructa *lib. 1. Probabil. Jur. cap. 9.* Cenſet, Ulpianum, inquam, in *fin. hujus* §. imprudenter legis *Corneliæ* meminiſſe, cum vellet aut deberet dicere; *Aquiliâ.* Hoc arguere inſcriptionem, connexionem rerum, ſimo clare ipſius Ulpiani verba, legem Aquiliam explicantis, non Corneliam. Accedunt hæ rationes. I. Quia nihil antea quæſivit de Lege Corneliâ. II. Quia mox iterum in §. 1. non Corneliæ, ſed Aquiliæ, in eâdem quæſtione meminit. III. Quia cædes, cui applicat Corneliam, facta dicitur injuriâ, quæ hic non eſt doli, ſed etiam culpæ, cujus in lege Cornelia ratio non habetur. *l. 7. ad L. Cornel.* IV. Ulpianus in *lib. 37. ad Edictum.* unde eſt hic locus, non agit de judiciis publicis, nec de Lege Corneliâ, ſed de privatis cauſis.

2. Quominus his rationibus, Ulpianum ſui ipſius oblitum eſſe credamus, facit cum religio nil mutandi abſque neceſſitate, tum ἀκολουθία textus, in quo primo quæritur de lege Aquiliâ, mox altero caſu relato, ſubjicit, *Ergo & Corneliâ* tenebitur; hoc eſt, *etiam Lege Corneliâ*, ut Licinius Rufinus habet verba referens Ulpiani in *tit. 7. Collat. leg. Moſ. & Rom.* Minus apte quidem, ſi in animo fuiſſet, Aquiliam repetere; Illud *etiam* lege Cornelia, vel quod idem, *Ergo & Corneliâ*, indicat aliquid addi Aquiliæ jam dictæ. Voluit igitur Ulpianus, *Cornelia*, non fuit in animo *Aquiliâ.* Sed hoc Vir Cl. arguere ſe dicit, Ulpianum ab ſe fuiſſe alienatum, ſibi non conſtitiſſe: verba texuit, ut de Corneliâ; debuit loqui de Aquiliâ. Rufinum æquè erraviſſe non ambigit. Adeone præcisè? regerat Ulpianus: Nonne de Aquiliâ agenti à Corneliâ ad hanc, ut à majore ad minus, colligere licuit? Dicere volui inprimis, fateor, Aquiliâ teneri τὸ ὑποκείμενον. Nolui ſimpliciter rem indubiam; preſſius, *& Cornelia*, dixi; Nedum Aquiliâ, id intelligendum reliqui. Quid magis obvium, quam cædes hominum ad utramque legem pertinere? *Lex* XII. de fure nocturno; ad quam ſpectat hic & præcedens Caji locus, nonne ad Corneliam æque ac ad Aquiliam pertinet; imo

ad;

Digitized by Google

ad illam magis, ſi non unicè? Quid inſolentiæ eſt igitur, argumentum legis Corneliæ proprium citare ad Aquiliam? Hoc modo Ulpianus, ni fallor, argumenta ab inſcriptione, connexione, quod dein primo, quod ſecundo, quod & quarto loco protulit Vir Cl. occuparet: ſcilicet, ultima verba textus, eſſe rationis loco, ad theſin de Aquilia. Quod tertio de ſignificatione *Injuriæ*, loco profertur; hæc tam dolo quam culpæ convenit; ergo communis eſt Aquiliæ & Corneliæ vox.

3. Sed eſt alia ratio contra Ulpianum: Paulus in *lib. 5. ſentent.* apud Rufinum *in d. Tit.* negat, furem nocturnum qui comprehendi potuit, occidentem Corneliâ teneri. Atqui is eſt caſus hujus loci. Ergo non fuit omnino dicendum Ulpiano, *Cornelia*, debuit unice loqui de *Aquilia*. In promptu eſt dicere, Paulum ab Ulpiano, æmulum ab æmulo diſcrepaſſe, quod toties feciſſe videmus: Et locum Pauli in Digeſta non relatum Ulpiano hactenus opponi non poſſe. Verum haud opus erit, opinor, huc confugere. Audiamus verba Pauli; *Si quis furem nocturnum vel diurnum, cum ſe telo defenderet, occiderit, hac quidem lege non tenebitur; ſed melius fecerit, qui eum comprehenſum tranſmittendumque ad Præſidem magiſtratibus obtulerit.* Nihil eſt in hoc loco poſitionis, niſi quod ad legem præcedentem vidimus, Furem qui ſe telo defendit, occidi poſſe, noctu inprimis; ſi tamen tuto prehendi poſſit, non eſſe innoxium Legis Corneliæ, qui occiderit *l. 9. ad L. Cornel.* etſi Vir Cl. hunc etiam locum *l. 9.* imperitè à Compilatoribus ſub iſtum titulum putet eſſe relatum, de quo videbimus, ubi Deo viſum fuerit, copiam nobis facere temporis eò perveniendi: Sed exceſſum Tutelæ ſui, rerumque ſuarum voluntarium, non eſſe alienum à Lege Corneliâ, non opus erit, opinor, ſollicitè probari. Eſt tamen ea res facti; & in dubio præſumitur contra furem nocturnum. Ideo Paulus eam rem, cum admonitione, quid prudentia ferre queat, tranſmittit; animadverſione probationibus & circumſtantiis delegatâ. Quo autem is qui tutò furem comprehendere cum poſſet, occidere maluit, à pœna legis Corneliæ omnino liberandus ſit, nihil eſt in Paulo, nec aliunde profertur. Denique, recte faciemus, ſi nec facile ſuperſtitioni pulcherrimam Artem donemus, neque levibus atque inanibus argutiis ludibria quędam excitando, efficiamus, ut corpus juris enervetur & cadat, animique juvenum ad magna ſurgentes, calumniâ, velut peſtilenti ſidere, affl entur, ut verba Viri Cl. multa egregia in hanc rem digredientis, comiter imitemur; ſed Ulpianum erroris hac parte liceat excuſare, ſine ſuperſtitione adverſus errata Veterum.

Ulpianus Lib. XVIII. ad Edict.

Idem Mela ſcribit; Si, cum pilâ quidam luderent, vehementius quis pilâ percuſſâ, in tonſoris manus eam dejecerit, & ſic ſervi, quem tonſor radebat, gula ſit præciſa, adjecto cultello, in quocunque eorum culpa ſit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonſore eſſe culpam. Et ſane, ſi ibi tondebat, ubi ex conſuetudine ludebatur, vel ubi tranſitus frequens erat, eſt quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, ſi in loco periculoſo ſellam habenti tonſori ſe quis commiſerit, ipſum de ſe queri debere l. 11. *in pr. Ad Leg. Aquil.*

1. Si

Digitized by Google

1. Si bene dictum eſt à Theophraſto, quemadmodum ejus dictum à Juris Auctoribus adoptatur, τὸ ἅπαξ ἢ δὶς παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται. *Quod ſemel aut bis accidit, id prætereunt Legiſlatores. l. 6 de Legib.* poterat in Univerſali Artis inſtitutione talis omitti caſus, qui tam inſperatæ raritatis ſit, ut magis ex imaginatione, quam ex uſu deſumptus videatur. Gulam hominis, qui radebatur, pilâ foris ludentis, in novaculam impactâ, eſſe præciſam. Ex his autem quæ forte uno aliquo caſu accidere poſſunt, jura conſtitui non oportet; habetur in *l. 4. d. tit. de Legib.* Operæ pretium eſt, Eunomiæ cauſa, hujus regulæ; ne ſæpius eam (frequens enim uſus ejus eſt) movere neceſſe ſit; hoc loco exponere ſenſum. Non id agunt Juris Conſulti, ut ne raris ac inſperatis caſibus applicent juris regulas; quemadmodum Solon ideo ſe parricidis pœnam ſanxiſſe negabat, eam ob cauſam διὰ τὸ ἀπελπίσαι; *quod non ſperaſſet* id unquam extiturum, ut eſt in ejus vita *apud Laertium:* Sed materiâ Legis propoſitâ, quæ à diverſis lateribus adſpici poteſt, in jubendo vetandoque non adſpiciunt ad latus, quod raros caſus exhibet, verum in quo ſunt ea, quæ plerumque eveniunt: *Nam ad ea potius aptari debet jus*, ait Celſus in hunc ſenſum, *quæ & frequenter & facile, quam quæ perraro eveniunt. l. 5. d. t. de LL.* Placet addere exemplum. Lege Oppiâ cautum erat, ne qua mulier *veſtimento verſicolori uteretur, nec plus ſemunciâ auri haberet, neve juncto vehiculo in urbe oppidove*, extra uſum ſacrum, *veheretur.* Liv. lib. 34. *in pr.* Latum erat ad plebem, de hac lege abrogandâ. Cato eam ſervari volebat. Objectum erat: multas eſſe matronas, quæ non ad luxum, ſed ad honeſtum decus & majeſtatem illo ornatu uterentur. At Cato, *Id modo quæritur*, ait, *quid majori parti & in ſummâ* conveniat: ſi major inde luxuriæ metus, quam decori uſus eſſet, inhærendum erat ſanctioni legis, nec ad id quod rarius, ſed plerumque eveniret, ſpectandum. Caſus in hoc loco *l. 11.* propoſitus, eſt hiſtoria ſine dubio, rara quidem; ſed cujus analogia ad alios ſimiles extendi poterat: ideòque deciſioni utiliter admovendus.

2. Sed eſt aliud cenſuræ argumentum Autumnianum; Ulpianus incertum relinquit Lectorem, utrum actio detur in tonſorem; an ei, cui gula præciſa eſt, proprius error imputandus ſit. Sic enim ex eo colligi poteſt; In ſe & in univerſum eſt caſus fortuitus: At ſi culpa caſui cauſam dederit, qui eſt in culpa, huic eventus imputandus eſt: Ergo & *hic* tonſori, ſi in loco periculoſo & frequenti ſellam habuerit ſua calamitas ſoli nocebit. Romani aſſiduo radebantur, egreſſi adoleſcentiam, liberi & ſervi. Erant, ut apparet, tonſores circulatores, qui æris causâ, per circos & fora, cum ſellis ambulabant, ut obvios raderent, & plerumque conſidebant apparebantque in locis multi tranſitus, lucelli crebrioris causâ Si locus non eſſet aliquanto remotior, ut obvii & tranſeuntes haud facile tonſori, vel ſedentibus & gulam præbentibus illidi atque impingi poſſent, vel etiam, ubi mos eſſet, pilâ ludi; Tonſor erat in culpâ, & tenebatur, pecuniariè ſcilicet, ut eſt argumentum Legis Aquiliæ. Ita Ulpianus; ſed addit, per adverſativam, *Quamvis*; recte dici, eſſe, quod jugulato imputetur, quia tali loco ſe novaculæ commiſerit. Προσλημματικῶς ut lector eligat? hoc eſt quod Cenſor arguat in lege, non immerito. Quid ergo? Baſilici τὸ *quamvis* non accipiunt adverſativè, ſed ampliative, pro *non obſtante*, ut videtur. Ita enim vertunt hæc; *Quamvis nec illud malè dicatur.* Εἰ καὶ τὰ μάλιστα καλῶς λέγοι τις ἄν; *Etiam ſi maxime recte dicat aliquis.*

Tali

Digitized by Google

Tali ſenſu Tonſor eſt in culpâ, non obſtante, quod non male dici queat, eum qui ſe commiſit tonſori, habere quod ſibi imputet; prævalere tamen tonſoris culpam, ut ad luendum teneatur. Eodem ſenſu plerique τὸ *quamvis* accipiunt in §. *ſimiliter* 8. *I. de Excuſ. Tut.* ubi vix eſt ut aliter accipi poſſit. Verum ego hic Ulpianum ſimpliciter intellexerim, hoc modo; Proculus in tonſore culpam eſſe putabat: Sed tu recte diſtinguas, utrum locus ille notabiliter fuerit periculoſus, an ſecus. Si non, pro caſu fortuito habenda eſt cædes aut vulnus: Sin aliter, iterum diſtingues; Aut is qui radebatur, conſcius Loci & periculi, ſe Tonſori commiſit, & ipſi res imputatur, ſi cupiens inter radendum frui ſpectaculo, improviſam acceperit plagam: Aut ignarus fuit periculi; & Proculi ſententia vera eſt. Hæc, ut videtur, eſt mens Ulpiani in *hoc loco.*

Ulpianus Lib. XVIII. ad Edict.

Hanc actionem & heredi cæteriſque ſucceſſoribus dari conſtat; ſed in heredem vel cæteros hæc actio non dabitur, cum ſit pœnalis: niſi forſitan ex damno locupletior heres factus ſit l. 23. § 8. *ad L. Aquil.*

Ant. Matthæus *Coll. Inſt.* 1. *Diſp.* 18. *th.* 10. Sed nec hoc, *inquit*, concoquere poſſum, quod actio Legis Aquiliæ, ceu pœnalis, in heredem nequaquam tranſit; Quæ mihi videtur ſumma iniquitas, quam vel ex ipſo Imperatore intelligere haud obſcure licet §. *his autem in fin. Inſt. h. t. Quæ tranſitura fuiſſet, ſi ultra damnum lis nunquam æſtimaretur.* Ita D. Matthæus. Aliam D. Wiſſembachius cenſuram ſtringit; Imo, ſi ex veritate, *inquit*, non auctoritate judicandum, Actio Legis Aquiliæ non eſt verè pœnalis, quia principaliter damnum perſequitur, & nonnunquam contingit, ut eo die, quo damnum datur, res plurimi ſit, quo caſu ſane non pœnalis eſt hæc actio, ſed verè rei perſecutoria. Quin etiam, ne tum quidem, cum æſtimatio fit ἀναδρομικῶς, retrorſum, id eſt, cum res tanti æſtimatur, quanti fuit plurimi anno proximo, vel diebus triginta proximis, actio Legis Aquiliæ recte dicatur pœnalis, ſed potius mixta vocanda §. 19. *I. de Action.* Hinc, an, & quatenus in heredem detur hæc actio, proclive dictu fuerit. Hæc D. Wiſſembach. *ad Inſt. diſp.* 42. *th.* 11.

7. Satisfaciendum eſt primo, Cenſuræ Wiſſembachianæ. Juſtinianus indicat & res loquitur, denominationem qualitatis pœnalis non eſſe petitam ab eo quod in hypotheſi ſinguliſque caſibus uſu venturum ſit, verum ab eo, quod in theſi & in genere ineſt in naturâ actionis. Hoc modo & ſenſu hæc actio non eſt rei perſecutoria, ſed pœnalis, id eſt, pœnam continens, non meram & ſolam pœnam, quod nec Juſtinianus adfirmat; ſed pœnam ſupra rem, ſive damni æſtimationem: Verum eſt, trimembrem eſſe Actionum diviſionem in Rei perſecutorias, Pœnales & Mixtas. Sed non habet cauſam poſtulandi D. Wiſſembachius, ut ubique trimembris illa partitio actionum, in conſpectu ſit Juris Auctoribus. Sæpe fit oppoſitio pœnalium & rei perſecutoriarum ſimpliciter, ut in *l.* 4. §. *ult. de Alien. Jud. mut.* Et pœnales ſignificant omnes, in quibus eſt plus quam rei perſe-

cutio *l.* 32. *in pr. Ad L. Falcid.* & ita ſervat Imperator in *hoc* §. 9. Ne quidem ad ſcholaſticam exacta ſubtilitatem minus eſt probanda relatio ad dichotomiam,quam ad trimembrem oppoſitionem: Ut hoc modo inſtituamus, Actiones ſunt vel Rei perſecutoriæ vel Pœnales. Et hæ vel pœnales tantum, vel rei & pœnæ ſimul perſecutoriæ. Bene igitur Juſtinianus, ſi non eſt rei perſecutoria hæc actio dicenda, pœnalem vocat in §. 9. *I. h. t.* ubi, *Quâ ratione creditum eſt,pœnalem eſſe hujus Legis actionem,quia non ſolum tanti quiſque obligatur,quantum damni dederit,ſed aliquando longe pluris.* Fluctuatio in Arte, modo ut pœnalis, modo rei perſecutoria diceretur, admittenda non erat: Ab eo quod potius & frequentius erat, ut fit, appellatio deſumenda erat: Atqui plerumque ſane præſumendum eſt, rem fuiſſe pluris integro menſe vel anno priuſquam periret, quam illo momento. Præterea, naturam actionum pependiſſe è formulis, quibus Prætor ad judices pedaneos utebatur, ſatis conſtat: Hæ autem formulæ ſemper & neceſſario pœnali modo concipiendæ fuerunt, hoc modo; *Si paret, Titium occidiſſe pecudem Caji* vel *rem* ejuſdem *rupiſſe, corrupiſſe, quanti ea res in eo anno* vel *menſe plurimi fuerit, Judex condemna.* Cum formula ſemper ita pœnalis eſſet, fieri non potuit, ut diverſæ naturæ eſſet actio inde formanda neque in pœnam tenderet. Verum eſt, formulas illas, tempore Juſtiniani non fuiſſe amplius in uſu *tit. C. de formul. & impetrat. ſubl.* Sed non ſemper, aliqua re mutatâ, ſtatim omnes ejus ſequelas æquè mutari, innumerabilibus exemplis conſtat. Neque tamen adhuc aliter res ſe habuiſſe poteſt ipſo tempore Juſtiniani, quod ad actionis naturam & denominationem attinet. Pependit enim hæc & dirigenda fuit ſecundum petitionem ac intentionem actoris. Atqui hæc etiam poſt abolitionem formularum, pœnalis eſſe debuit, hoc modo; *Quando tu pecudem meam occidiſti, vel rem talem aut talem rupiſti, corrupiſti, peto mihi condemneris in id, quanti illud pecus, aut ea res in anno aut menſe proximè præterito plurimi fuerit.* Quæ cum pœnalis concluſio ſit, non poteſt niſi pœnalis actio cenſeri: Nam utrum res fuerit pluris ante quam periret, hoc, cum facti ſit, ab initio poni vel ſciri non potuit, è probationibus in progreſſu litis faciendis colligendum erat. Plane hæc res ejuſmodi eſt, ut feſtinata nil opus fuerit Artis cenſura.

3. Supereſt ἀντίψια D. Matthæi, qui non poteſt concorquere eruditatem Juſtiniani & Ulpiani, quod negando, actionem Legis Aquiliæ dari in heredem, morte ejus qui damnum dedit, interveniente, faciant ut pœna damni nulla ſit. *Ecce Dominus rem ſuam perdidit ſine ullâ ſuâ culpâ; Qui dedit damnum, moritur, heres ejus conveniri non poteſt, quam iniquè hoc comparatum eſt?* ait idem *Coll.* 2 *Inſt. diſp.* 10. *th.* 10. *conſentientes* ſibi laudans Wurmſerum. *tit.* 51. *obſ.* 3. Hotomannum *in d. §. bis autem*: etſi hic Aquilium aut Ulpianum hac parte non reprehendit: ſed alia ex cauſa mirabilem legis Aquiliæ eſſe rationem ſcribit, de qua dictum *eſt ſuprà ad l.* 2. Cenſura Matthæana pertinet ad locum communem à nobis tractatum in *l.* 4. *§. ult. de Alienat. jud. mut. c. f.* ub probavimus, actiones ex delicto non dari adverſus heredes, ne quidem ſi rei perſecutoriæ ſint; modo heres inde nullo modo ſit locupletior, quo caſu Re obligatur & valide convenitur, *ipſâ l. præſcriptâ.* Sed delicta ſunt merè perſonaliia, in quibus heres non repræſentat defunctum, ac ideo, ſi ipſa Res eum non teneat, conveniri non poteſt. Atqui de-

Digitized by Google

delictum ita manet impunitum, ajunt illi. Quid tum? Delicta pœnaſque morte delinquentium interire tralatitium, nec minus juſtum eſt. Magis urget, quod rei & damni perſecutio, quæ fieri poteſt ut ſit pluris, quam pars hujus actionis pœnalis, eo modo, quoque evaneſcit; quod eſt verum. Sed idem fit in omnibus mixtis è delicto, in Actione de vi bonorum raptorum, ſervi corrupti, Quod metus cauſâ, de Calumniatoribus aliiſque pluribus; ut nequidem ad rei perſecutionem dentur, niſi quatenus ad Heredem pervenit. *l. 16. §. ult. Quod. Met. c. l 5. in pr. d. Calumniat.* Si nihil ad eum pervenerit, præſtatio damni revera pœnæ loco eſt heredi, quem tamen nullo genere pœnæ teneri ſatis inter omnes convenit

4. Hæc ita pro Juſtiniano & Ulpiano; Etſi non negemus, à duobus hanc rem adſpici poſſe lateribus: Ab eo quod Juris civilis auctores prætulerunt, ſcilicet; à parte heredis, ad quem nihil lucri pervenit, & qui ex delicto quod eſt mere perſonale, teneri non debeat; atque a parte læſi; cui morte delinquentis æquitatem reparandi damni è bonis defuncti, quæ ſunt penes heredem, ſubduci non debeat. Etſi qua lex hanc æquitatem rationibus Juris Romani præferendam putet, hæc non minus laudari, quam Jus Civile defendi poterit. Quod autem D. Matthæus provocat ad verba Juſtiniani, contra ipſum Juſtinianum, quæ ſunt: in *d. l. His autem*, quia de illorum ſententiâ, quod ſatis ad hanc rem ſit, egimus, ad 4. *§. ult. d Alien. Jud. mut. f.* eadem hoc loco transmittemus. Sed cum moribus hodiernis, actiones ex delicto, quatenus Jure Civili pœnales ſunt, privatis & læſis non dentur, ſed tantum, quatenus ſunt rei perſecutoriæ; dicendum videtur, actionem Legis Aquiliæ cæteraſque è delicto, jam, inquam, rei merè perſecutorias, etiam dari adverſus heredes eorum, qui deliquerunt & damnum dederunt: etſi nihil ad illos pervenerit è delicto; ſufficiente ratione, quod bona defuncti, è quibus ille damnum luere debuiſſet, ad heredes pervenerunt.

5. De Emendatione propoſita ad *l. 27. §. ult. h. t.* dicta non repetemus in *Prælect. ad h. t. n. 9*

Ulpianus Lib. XVIII. ad Edict.

Si dolo Servus occiſus ſit, & lege Corneliâ agere dominum poſſe conſtat, & ſi Lege Aquiliâ egerit, præjudicium fieri Corneliæ non debet l. 23. §. 9. ad Leg 2. Aquil.

1. Si pro ſolis Juriſperitis hoc ſcribendi genus inſtitutum eſſet, hunc textum, alioſque è principiorum Juris explicatione pendentes, prætervehendos putarem: nec enim id agimus, ut quicquid Artis poſitionibus objici poteſt, heic accumulemus; quod equidem finem nullum haberet. Attamen, quæ Juris imperitis, hominibus tamen doctis offendiculum præbuiſſe compertum eſt, ea, ſecundum id quod ab initio conſtituimus, omitti non poſſunt. Etſi verum eſt, in hac lege non deeſſe quod etiam Juris ſtudioſis iniquum videatur, & *infra* deinde intellegmus. Svetonius in *Tito cap.* 8. *in fine* ſcribit, eum vetuiſſe, *ne de eâdem re pluribus legibus ageretur*; Cujus rei uſum Philippus Beroaldus *in Comment. ad iſtum locum*, ait fuiſſe talem, ut, cum antea reus ex aliquo delicto convictus &

punitus, aut abſolutus, ex alia Lege rurſus ob idem crimen conveniri & plecti poſſet; hoc ut, inquam, Titus prohibuerit. Olim, inquit, *Si quis actionem intendiſſet adverſario ex formula Legis Aquiliæ, & ille abſolveretur, tum alterius legis actio mihi competebat, ut ita infelix reus divexaretur.*

2. At hoc illud ipſum eſſe videtur, quod in hac lege ſancitum eſt, quâ, poſt quam actum eſt Lege Aquilia, de cæde ſervi, ſuper eâdem cauſâ adverſus eundem reum agi poteſt ex lege Cornelia; ut ut Legis Aquiliæ judicium non faciat præjudicium Legi Corneliæ, ſed ex hac etiam poſt illam agi poſſit: quod ſit ipſum illud à Tito prohibitum, à Beroaldo reprehenſum. Enimvero tractatus de Concurſu actionum difficilis & intricatior eſt, quàm ut animus aut opus ſit, cum hoc loco excutere & abſolvere: Sed quod ad hunc locum ſufficiat, breviter & perſpicue collocabimus: alias conſiderationes & difficultates alii textus ſuppeditabunt. Quando in uno facto ſunt diverſa delicta, nihil eſt iniqui in eo, ut ſingula delicta ſuis pœnis adficiantur; non magis quam ſi in una re ſint diverſa facta, quemadmodum, ſi quis ſervum primo pecudemve furatus, dein occiderit, tam de furto quam de cæde agi poſſe, nulla dubitatio eſt *l. 27. in pr. h. t.* Ita, cum damnum & homicidium diverſa delicta ſint, quorum pœnæ tendant in diverſum, quis iniquum arbitretur, poſt & præter reparationem damni patrimonio illati, reum luere pœnam hominis occiſi? Nec hoc Imperatori Tito, qui calumnas delatorum, & miſerorum vexationes, ut Suetonius indicat, impedire voluit, in mentem venit prohibere. Se dne unum idemque delictum diverſis Legibus perſequerentur, ut ſi de parricidio Lege Pompeja accuſatus & abſolutus, Corneliâ adhuc conveniretur, id humaniſſimus Imperator vetuit.

3. Atqui in hoc Textu eſt unum modò factum, cædes ſervi. Ergone Aquilia Lege de cæde conventus & abſolutus, adhuc Corneliâ poſtulari poteſt? Et ſi poteſt, an non hoc Titi Cæſaris conſtitutioni adverſum, & Beroaldinæ reprehenſioni obnoxium eſt? Enimverò ſi Cornelia Lege conventus & abſolutus ſit reus, Aquilia quominus adhuc conveniatur nihil obſtat; quia Cornelia Dolum ſolumodo punit, Aquilia culpam quoque; Judicatus expers doli, non ideo culpæ præjudicio gaudere debet. Sed prius Aquilia abſolutus, Corneliæ non videtur eſſe ſubjectus; quia, ſi ne culpæ quidem reus eſt repertus, doli multo magis eſt expers. Ita ſane; modò id ferant verba hujus textus, *Præjudicium Corneliæ fieri non debet.* E quibus dicendum videtur; ſive quis ob hominem cæſum, Aquilia condemnatus, ſive abſolutus ſit, cum Corneliâ adhuc poſſe compellari. Reſponderi poteſt primo: Textum facile contentum eſſe hac interpretatione, quod Aquiliâ condemnatus, cum ſit judicium pecuniarium, Corneliâ, quæ capitale continet, adhuc teneatur, cum illa in diverſum, judicia tendant. Ut autem qui abſolutus eſt Aquiliâ, adhuc Corneliâ teneatur, in hoc quidem textu non eſt. Si quis id tamen inde ſequi contendat, ſic habeat. Forte non videri abſurdum, ſi cogitemus, in judicio privato, pecuniario, quale eſt Legis Aquiliæ, non eſſe tam gravem, quam eſt in capitali publico, ubi & alius accuſator, inquiſitionem. Propterea nec abſurdum videri, illum qui judicio Legis Aquiliæ privato abſolutus eſt, ab alio accuſatore, pro rigore veteris diſciplinæ, homicidii reum publico judicio peragi; quod adeo ſic intelligi Eunomia facile patiatur. Cæterum, Tito

Cæſa-

Digitized by Google

Cæſari proculdubio nihil aliud fuit propoſitum, quam facere, ne quis ob unum idemque delictum Publico judicio bis puniretur & adfligeretur contra manifeſtam æquitatem, expreſſam cum alibi, tum in *l.* 41. *d. Pœnis*. Sententiam *l.* 4. de *Publ. Jud.* quæ eſt contra hoc negatum præjudicium, occupavimus in *Prælect. ad tit. Inſt. de Leg. Aquil. n.* 5. & defungi licet hoc medio; quod pendente judicio Legis Aquiliæ fiat præjudicium Publico Judicio; vel etiam quod ad probationem attinet, ſi quando factum cædis in Aquiliæ judicio conſtat, idem in Publico præjudicat, ut ejus à priore deciſio pendere videatur. Si quid amplius ſcrupuli in *d. l.* 4. reſideat, hoc ad ſuum locum differatur.

Ulpianus Lib. XVIII. ad Edict.

Si navis tua impacta in meam ſcapham; damnum mihi dedit; quæſitum eſt, quæ actio mihi competeret, & ait Proculus, ſi in poteſtate nautarum fuerit, ne id accideret, & culpa eorum factum ſit, Lege Aquilia cum nautis agendum; quia parvi refert, navem immittendo, aut ſervaculum ad navem ducendo, non tuâ manu damnum dederis, quia omnibus his modis per te damno adficior: Sed ſi fune rupto, aut cum à nullo regeretur, navis incurriſset, cum Domino agendum non eſſe l. 29. §. 2. *d. Leg. Aquil.*

1. Ex ratione juris naturalis, ſi navis alicujus, navi alterius damnum dederit, ejus eſt hoc luere, cujus eſt culpa. Si culpa neutrius argui poſſit, is qui paſſus eſt damnum caſu fortuio, id tanquam à Θεῦ βίᾳ ferre, nec alii imputare poteſt, ut recte Grotius *l.* 2. *cap.* 17. *n.* 21. De præſtatione culpæ loquitur Ulpianus in priori parte hujus loci, de caſu ſine culpa in ultimis verbis, ut quidem habet Scriptura Florentiæ. Sed hanc eſſe vitioſam & ſententiam loci, ut ibi legitur, eſſe iniquam ſtatuit Anton. Faber in *lib.* 5. *Conject. c.* 17. Qui proinde verba poſtrema legit hoc modo; *Sed ſi fune rupto, aut cum à nullo regeretur, navis incurriſſet, cum Domino agendum eſſe.* Quippe, Dominum eſſe in culpa, qui non proſpexerit, ut & ab aliquo navis regeretur, & bonis funibus eſſet inſtructa. Ulpianum ita velle; ſi non caſu mere fortuito & inculpato damnum ſit datum, eo nomine dandam eſſe actionem, vel adverſus nautas, ſi eorum culpâ factum ſit, vel adveſus Dominum, ſi nihil ſit, quod nautis, quorum in male regendâ nave culpa conſiſtit, imputari poſſit. Idem indicare videtur oppoſitio Nautarum & Domini; Priore caſu illi, poſteriore Dominus tenentur, quemadmodum in principio proponitur Quæſtio, quæ actio competat; ſuppoſito, actionem competere.

2. Hæc etſi probabiliter ita Faber, à Cujacio tamen non admittitur emendatio *l.* 25 *Obſ.* 10. neque Baſilici aliter legerunt, quam eſt Florentiæ *lib.* 53. *tit.* 2. *Εἰ δὲ σχοινίου ῥαγέντος, ἢ μηδενὸς ἰθύνοντος, οὐχ ὑπόκειται ὁ δεσπότης. Si vero fune rupto, vel nemine Gubernante, non tenetur Dominus.* Atqui de Domino actum non fuit: quâ hypotheſi bene cadit ad ſenſum adfirmatio; *prius nautæ tenebuntur, hoc caſu, Dominus tenetur*, non æquè negatio, ut apparet. Verum Cujacius τὸ *ſed*, pro conjunctivâ accipit, ut aliquando fieri probat, & τὸ *non*, vel pro nec ſive *non*

etiam, hoc ſenſu. Priore caſu, Nautæ, poſteriore caſu nec Dominus quidem. Bachovius Fabri antagoniſta mancipatus, ad *Tr. Vol.* 1. *Diſput.* 8. *th.* 5. *lit.* E. non diſſimulat, aliquanto commodiorem fore Fabri lectionem, negat tamen admittendam, quia nulla neceſſitas cogat; nec ab re, nec, addam ego, à contextu. Non ab re; quia funes etiam novi tempeſtatis violentiâ ſæpe rumpuntur, neque ſemper exigi poteſt à Dominis navium, ut curent, ne unquam, in ipſis ſtationibus, ſit navis une cuſtoditus; quod nec ab ipſis, ſi non iidem nautæ ſed exercitores ſint, fieri aut exigi poteſt. Sic igitur ait Ulpianus; Si culpa nautarum argui poteſt, hi tenentur Aquiliâ: Si ruptis funibus, aut nullo præſente nautâ damnum ſit datum, de nautis quæri nequit, & *Dominus non tenetur*, ob cauſam prædictam. Teneamus igitur hoc, Emendationem eſſe rejiciendam, quia non eſt neceſſaria, ſenſus autem loci rectus & juridicus; caſum fortuitum, ubi nullius intervenit culpa, ſicut hic, non eſſe luendum; Nautis è nave in ſtatione poſita abſentibus, ſi quid acciderit: hoc Domino imputari non poſſe. Adde §. 4. *d. l.* 29.

3. Sed quid eſt in noſtro textu, *ſervaculum ad navem ducendo*? Quid eſt *ſervaculum*? Gloſſa reddit, *Gubernaculum*. Bene ad verbum: Sed vereor, ut ſic differant *navem immittendo*, aut *ſervaculum ad navem adducendo*, id eſt, gubernaculum. Immittere enim navem, niſi fallor, fit per Gubernaculum. Cujacius legit, *ſervaculum* 14. *Obſ.* 13. Quod Gloſſa græcanica explicat, de clavo & gubernaculo, qui foret idem ſenſus; Alii *verriculum*, Charondas; cedo quo ſenſu? In Briſſonio nihil hujus invenio. Alii lenunculum, idem quod lembunculum, ut idem Charondas ex Contio. At quid hoc ad aliam navem vi obruendam? Rurſus alii, renunculum, ſive remunculum; quod haud procul recedat ab eo quod Græci Baſilici habent *in lib.* 53. *tit.* 2. qui pro his verbis, *navem immittendo aut ſervaculum ad navem ducendo*, vertunt ita; *χειρὶ ἢ κόντῳ ζημιοῦντες, damnum manu vel conto inferentes*, quod non eſt vertere ſcilicet, eſt, explicare compendio. Servaculum igitur eſt, contus, ut Græci putant. Enimverò ſic magis arrideat, quod vulgatæ ante Florentinam habent editiones, *ferraculum*, aut ut Haloander, *ferriculum* ut quidem Gotofredus hic teſtatur: Etſi in textu Haloandrino eſt *verriculum*, ut Charondas modò, ſenſu nullo, ut videtur. Ferraculum aut ferriculum fuerit contus ferro adunco præditus, quo ad navem ducto, eique impacto, noſtræ navis impetus, ne in deterius infligatur in alteram navem converſus ſit. Si tamen verum eſt, quod Græci Baſilici indicant, immiſſionem fieri per manum, diſtinctè à Gubernaculo, idque facultatem habeat, ut videtur habere, nihil vetat, retinere *ſervaculum*, quod ſine dubio ſignificat Gubernaculum. Ideoque retineamus hoc, ſultis, ut τὸ Immittere, de quovis alio modo, præter Gubernaculum, id eſt, *ſervaculum*, intelligamus.

4 Non eſt hoc loco prætereundum, moribus gentium, apud quas maxime Navigatio viget, hujuſmodi damna, ſi de injuria non conſtet, utrique eſſe communia, Grot. *d. c.* 17. 21. *Introduct. l.* 7. *part.* 38. *n.* 15. Groeneweg. *ad h.* §. 2. *l.* 29. Ratio duplex hujus juris eſſe videtur: Una, quam Grotius reddit, ut occupetur & præcidatur ambiguitas probationis, uter inculpâ ſit; ut navigantes utrimque tam qui minus, quam qui magis expoſiti videntur eſſe periculo, ad cavendum excitentur & cautiores reddantur. Ul-

Digitized by Google

Ulpianus Lib. XVIII. ad Edict.

Magiſtratus municipales, ſi damnum injuriâ dederint, poſſe Aquiliâ teneri. Nam & ſi pecudes aliquis pignori cepiſſet, & fame eas necaviſſet, dum non patitur eis cibaria adferri, in factum actio danda eſt. Item, ſi dum putat, ſe ex lege capere pignus, non ex lege ceperit, & res tritas corruptaſque reddat, dicitur, Legem Aquiliam locum habere; quod dicendum eſt, etſi ex lege pignus cepit. Si quid tamen Magiſtratus adverſus reſiſtentem violentius fecerit, non tenebitur Aquiliâ. Nam & cum pignori ſervum cepiſſet, & ille ſe ſuſpenderit, nulla datur actio l. 29. *§. pen. Ad. L. Aquil.*

1. Hujus loci jus non ſervari neque ſervandum eſſe, docet Groenewegius, auctoritatibus hominum clariſſimorum adductis, ex iis quæ dixit ad *Princ. Inſt. de Obligat. ex quaſi del.* Ubi ſane plerique Commentatores ita de uſu temporum adfirmant, hodie Judices non niſi de dolo malo teneri; Legis Aquiliæ autem actio, datur etiam ex culpa §. 3. *I. h. t.* Sed rationes, quibus utitur Groenewegius, auctoritatem Juris Romani facile tuentur adverſus hos, ſicubi invaluerint, mores. Verba Groenewegii; *Idque vel ex eo manifeſtum eſſe videtur, quod imperitiſſimi quique judicandi munus ambiunt, minime veriti, ne per imperitiam male judicantes, plurimas lites, ſuas facturi ſint.* Quid eſt aliud, mores arguere flagitioſæ ab Eunomia Romana diſcrepantiæ, ſi hoc non eſt? vel niſi, ut pene videtur, hoc agat ille ſatis εἰρωνικῶς? Pergit: *Et ſane periniquum foret, & male ageretur cum judicibus, præſertim ſubalternis, ſi toties ipſi tenerentur, quoties iis aliquid per imperitiam aut per imprudentiam excideret.* Enimvero quanquam Magiſtratus hoc loco etiam lege Aquilia teneri dicantur, hoc ita nullo modo capiendum, ut de cujuſvis generis culpa teneantur; Sed de factis ejuſmodi, quorum in hoc loco exempla referuntur, ubi, ſi forte dolus abſit, qui vix eſt; ut in his ſpeciminibus uſque quaque abeſſe queat, culpa tamen gravis & inexcuſabilis ſubeſt.

2. Ejuſmodi commiſſa culpæ in Magiſtratibus inferioribus abſque animadverſione tranſmitti, non habet rationem, nec ita Moribus ubique receptum eſſe, perſvadent laudati à Groenewegio Scriptores; niſi quod in multis Civitatibus ea Magiſtratuum municipalium potentia eſt, ut civium querelas, & aliquando Superiorum animadverſiones ſecurè contemnant. In Friſia noſtra pars hæc Eunomiæ Romanæ adhuc nullo modo ſublata eſt; Neque Magiſtratuum Municipalium errores, quales in hoc loco, inexcuſabiles, mulctis & actionibus obnoxii eſſe deſierunt.

Ulpian. Lib. IX. Diſputation.

Quod dicitur, damnum injuria datum Aquilia perſequi, ſic erit accipiendum, ut videatur damnum injuriâ datum, quod cum damno, injuriam attulerit: Nec ſi magna vi cogente, fuerit factum. Ut Celſus ſcribit, circa eum, qui incendii ar-

cen-

cendi gratia, vicinas ædes intercidit. Nam hic ſcribit, ceſſare Legis Aquiliæ actionem. Juſto enim metu ductus, ne ad ſe ignis perveniret, vicinas ædes intercidit; & ſive pervenit ignis, ſive ante exſtinctus eſt, exiſtimat, Legis Aquiliæ actionem ceſſare. l. 49. §. 1. ad L. Aquil.

1. Cenſura; Non eſt ſingulis concedendum, quod per Magiſtratum publicè poſſit fieri, ne occaſio ſit majoris tumultus faciendi, habet regula Juris l. 176. *d. R. J.* Idque in hac ipſa quæſtione prudenter applicat Ulpianus in *l. 7. §. 4. ff. Quod vi aut clam*; ubi dicitur, id ita recte factum videri, ſi Magiſtratus id fecit, privato non eſſe idem concedendum. Idque notiſſima Moris hodierni obſervatio ubique merito confirmat, ut plerique ad hunc locum, eoſque inter Autumnus & Groenewegius, adnotarunt. Quid igitur hic Ulpianus idem laudat Celſi hac de re ſententiam, quæ privatum id auſum ab actione legis Aquiliæ liberat, etiamſi incendium ad illas ædes non perveniſſet? Quod iterum adverſatur *d. l.* 7. §. 4. ubi expreſſe diſtinguitur, ut, ſi ignis eo uſque non perveniſſet, in ſimplum, qui fecit, condemnetur; ſi perveniſſet, abſolvi eum oporteat. Dicendum videtur, Ulpiani & Juris Civilis ſententiam ab uſu populorum hodierno non diſcrepare; magiſtratibus eſſe rem committendam, vel hominibus aut præfectis ad illam rem ſpecialiter conſtitutis. Quorum auctoritate neglecta, privatum id auſum, non ferre impune ſuam præcipitantiam, ſi deinde compertum ſit ignem eo non fuiſſe perventurum *d. l.* 7. §. 4. Sed non ſemper Magiſtratus expectari poteſt, cum ſæpe tanta vis & impetus ignis ſit, ut res nullam ferat moram. Si tum juſto metu ductus paterfamilias, vicini forte jam deſertas ædes dejecerit, iniquum fuerit, eum de damno injuriâ dato condemnari. Neque ſi res ita ſe habeat, ut temeritas & inconſulta præcipitatio abſit, ex eventu, ſi forte, præter opinionem, flamma, vento mutato, aliove caſu non pervenerit illuc, reus eſt faciendus. Et de Lege quidem Aquilia, non facile, qui juſto metu coactus fuit, tenebitur, neque id in *d. l.* 7. §. 4. ſcriptum eſt; ſed in ſimplum ex Interdicto Quod vi aut clam, facilius tenebitur Privatus, ſi incendium prius quam ad domum dirutam perveniret, extinctum ſit. Ita nihil aut Antinomiæ, vel Eunomiæ adverſum, hac in re eſſe videtur.

Alfenus Lib. 2. Digeſtor.

In clivo Capitolino duo ploſtra mulæ ducebant. Prioris ploſtri muliones converſum ploſtrum ſublevabant, quo facile mulæ ducerent. Interim ſuperius ploſtrum ceſſim ire cœpit: Et cum muliones, qui inter duo ploſtra fuerant, è medio exiſſent, poſterius ploſtrum à priore percuſſum, retro redierat, & puerum cujuſdam obtriverat. Dominus pueri conſulebat, cum quo ſe agere oporteat. Reſpondi; in cauſa jus eſſe poſitum. Nam ſi muliones, qui ſuperius ploſtrum ſuſtinuiſſent ſua ſponte ſe ſubduxiſſent, & ideo factum eſſet, ut mulæ ploſtrum retinere non poſſent, atque onere ipſo retraherentur, cum domino mularum nullam eſſe actionem: cum hominibus, qui converſum ploſtrum ſuſtinuiſſent, Lege Aquilia agi poſſe: Nam nihilo minus eum damnum dare, qui quod ſuſtineret, mitteret ſua voluntate, ut id aliquem feriret; veluti, ſi quis aſellum cum agitaſſet non retinuiſſet. Æque, ſi quis ex manu telum, aut aliud quid immiſiſſet,

dam-

damnum injuria daret. Sed ſi mulæ quia aliquid reformidaſſent, & muliones timore permotæ, ne opprimerentur, ploſtrum reliquiſſent, cum hominibus actionem nullam eſſe, cum domino mularum eſſe l. 52. §. 2. *Ad L. Aquil.*

Autumnus; *Huic ultimo Alpheni reſponſo*, inquit, *& æquitas & Juris ratio adverſatur.* Et deinde ſic inſtituit; Aut Aquiliæ Legis aut Quadrupedariam oportet actionem dari adverſus dominum mularum. Aquilia non competit, *quia nulla ejus culpa redargui poteſt.* Nec quadrupedaria, quia non nocuit animal contra naturam generis ſui, nec commota feritate, quod in actione de pauperie à pecude datâ requiritur, ſed quia reformidavit aliquid; *quæ cauſa*, inquit, *excuſanda eſt in brutis, quæ ſenſu carent.* Denique, ſubjicit; *His conſentit Uſus, cujus arbitrio tota Juris prudentia Romana temperanda eſt.* Reſpondendum videtur ita; Si dominus fuerit idem ploſtri ductor, ut eſt veriſimile, vix eſt ut ab omni culpâ, quæ leviſſima ſufficit *l.* 44. *in pr. h.* viciniâ remotus videatur. Quando enim factum ejus, qui rexit plauſtrum intervenit, cum homo periit aut læſus eſt, difficulter ab imprudentiæ culpâ alienus eſſe potuit, quando & is qui propter infirmitatem mulam retinere non potuit, Aquiliâ tenetur §. *Impetu quoque mulionum* 8. *I. de Leg. Aquil.* Si vero dominus ipſe non adfuerit, quominus tamen Quadrupedaria locum habeat, nihil adfertur. Quodlibet enim vitium pecudis, quo factum eſt, ut pauperiem fecerit, actioni iſti locum præbet, ut ſi equus calce percuſſerit, aut bos cornu petierit; quorum utrumque nihil ſine aliquâ occaſione fit; Ita ſi quolibet transverſario equi aut mulæ conſternatæ Damnum dederint, hæc commota feritas eſſe videtur. Audiamus Ulpianum; *Itaque, ut Servius ſcribit, tunc hæc actio locum habet, cum commotâ feritate nocuit quadrupes, puta, ſi equus calcitroſus calce percuſſerit, aut bos cornu petere ſolitus petierit, aut mulæ propter nimiam ferociam. Quod ſi propter loci iniquitatem, aut propter culpam mulionis, aut ſi plus juſto onerata quadrupes in aliquem onus verterit, hæc actio ceſſabit, damnique injuriæ agetur. l.* 1. §. 4. *Si quadr.* Secundum hanc analogiam, ſatis eſt materiæ in hoc textu ad alterutram actionem. Quod autem ad Uſum provocat Autumnus; ſi, quod ſuppoſuimus, verum eſt; adfuiſſe dominum ipſum; difficulter hunc excuſatum iri, qui vehiculum, ipſe regens, hominem aut pecus obvium oppreſſerit, quominus de damno dato teneretur, exiſtimo. Vix enim eſt, ut fieri potuerit, ne non ille caſus ullius mortalis vigilantiâ evitaretur, quod ad Aquiliæ Legis actionem ſufficere diximus ex *l.* 44. *in pr. h. t.* Atque id uſu nunquam aliter obſervatum fuiſſe comperi, nec dubitatum vidi; quin dominus plauſtri ab ipſo ſuper infantem aut pecudem ducti, Lege Aquiliâ conveniri & damnari poſſet.

Paulus Lib. XII. Queſtion.

Stichum aut Pamphilum promiſi Titio: Cum Stichus eſſet decem millium, Pamphilus viginti, ſtipulator Stichum ante moram occidit. Quæſitum eſt de actione Legis Aquiliæ. Reſpondi, in hunc tractatum nihilum differt ab extraneo Creditor. Quanti igitur fiet æſtimatio? Utrum decem millium, quanti fuit occiſus, an, quanti eſt, quem ne-

Digitized by Google

neceſſe habeo dare, id eſt, quanti mea intereſt? Et quid dicemus, ſi & Pamphilus deceſſerit ſine mora? Jam pretium Stichi minuetur, quoniam liberatus eſt Promiſſor. Et ſufficiet, fuiſſe pluris, cum occideretur, vel intra annum. Hac quidem ratione, etiamſi poſt mortem Pamphili intra annum occidatur, pluris videtur fuiſſe l. 55. d. Tit. ad L. Aquil.

1. Pone de duobus equis. E duobus alterum tibi promiſi. Præſtando utrum volo, liberor, §. *ſi quis agens* 33. *verſ. Ideo autem I. de Action. l.* 10. *in fin. d. Jur. Dot.* Proinde, ſi alter altero ſit melior, ut fere uſu venit, viliorem fine dubio promiſſor dabo. Tu interim hunc viliorem occidis, ut jam nonniſi meliorem tibi ſolvere poſſim. Solvo illum, ſed tu mihi teneris ad ejus pretium; quia, ſi non occidiſſes viliorem, hunc tibi dando, meliorem retinuiſſem, & ſic non ad pretium ejus, quem occidiſti, ſed ad melioris æſtimationem teneris. Idque tametſi extraneus occidiſſet, ita ſe haberet, quia teneretur in id quod intereſſet mea §. 10. *Inſt. h. t.*

2. Hactenus de priori parte legis, in quam extat Autumni Cenſura: Qui exiſtimat, ſi tu viliorem equum occideris, me *plane tibi ad alterum meliorem dandum non teneri, ut putat*, inquit, *in hac lege Paulus: Nam ſtipulator alterum ex equis promiſſis occidendo ſibi prius quam mihi injuriam fecit. Nam ſuum periculum, electione conſumptâ, fecit.* Sed Pauli ratio eſt irrefragabilis, quod Tu alterum ex equis occidendo, in plus quam alius quilibet occidens, teneri non debeas: hoc eſt, ut quanti equus occiſus intra annum plurimi fuerit, id præſtes. Hoc ſi feceris, non amittis actionem ex Stipulatu, ad equum ſuperſtitem petendum. Nec enim alternativa promiſſio extinguitur ſi altera ſpecierum perierit *l.* 34. §. *pen. d. Contrahend. Empt.* Nec uſquam hæc pœna Legis Aquiliæ traditur; quæ non eſt alia, quam præſtatio quanti res plurimi fuerit, cis annum retro, cum eo quod intereſt: In quo etiam ſanè continetur damnum electionis ablatæ. Denique, verum eſt non magni eſſe momenti diſcrepantiam in hoc negotio. Certum eſt enim, quod Autumnus ponit, Te, occidendo viliorem, feciſſe periculum tuum, & tibi prius quam mihi feciſſe injuriam; cum mihi tenearis ad pretium equi melioris, quem à me petere potes, ſolvendum; Unde non multum abeſt, quin actionem amittas. Verum eſt tamen, ſi Equum ſuperſtitem omnino habere velis, me teneri ad ejus traditionem; ut tu pariter mihi tenearis ad pretium; quod ſi nolis ſolvere, potes omittere actionem ex ſtipulatu, nec mihi tum dabitur actio Legis Aquiliæ, quia nihil intereſt mea, ut quidem videtur, niſi quid ſecus deinceps, ut videbimus. Autumni Cenſura non valet.

6. Sed altera pars hujus Legis ſubtilior eſt. Poſt, vel antequam Tu viliorem equum occidiſti, melior ſine meâ culpâ & mora deceſſit. *Jam pretium ſervi* (equi) *minuitur, quoniam liberatus eſt promiſſor*, ait Paulus. Bene, Jam enim liberatus ſum promiſſione dandi è duobus equis alterum; quia ſine meâ culpâ nihil eſt quod ſolvam: unum enim tu occidiſti, alter caſu periit. Quoniam vero jam ceſſat id quod intereſt ſuperius dictum, quia meliorem equum retinere non potui, pretium vilioris minuitur, id eſt, non augetur eo quod intereſt, equum meliorem à me tibi fuiſſe tradendum; ſed tantum ſuo reſpectu æſtimatur. Non video quam ob rem opus ſit cum Accurſio, & omnibus quos viderim, Editoribus, hæc verba,

Digitized by Google

ba, *Jam pretium Stichi minuetur*, *quoniam liberatus eſt promiſſor*, notare ſigno interrogationis; neque ſenſus, nec particula connectens, *Jam*, quæ reſpondentis potius quam rogantis eſt, id pati videtur: quod ſentiens Charondas pro *Jam* Legit, *Num.* De Florentino libro hac parte non eſt quod laboremus, cum in eo talia ſigna non reperiantur: Sed illi putant, aliter ſequentia non congruere. Videamus. Et *ſufficiat*, ait Paulus, *fuiſſe pluris*, *cum occideretur*, *vel intra annum.* Tu de equo occiſo teneris, quanti cis annum retro plurimi fuit; directe quidem, nonniſi ſuo reſpectu. Sed pone, poſt mortem equi melioris, intra annum tu viliorem occidiſti. De hujus cæde teneris, quanti plurimi fuit, cis annum retro. Atqui ante annum, vivo adhuc equo meliore, creviſſet æſtimatio vilioris ad pretium melioris iſtius, per id quod intereſt ſupra expreſſum. Ergo nunc eadem æſtimatio in pœnæ cenſum venire debet. Et hæc videtur eſſe mens ultimorum verborum; *Hac quidem ratione*, *etiamſi poſt mortem Pamphili intra annum occidatur*, *pluris videbitur fuiſſe.* Senſus ita, ni fallor conſtat, abſque interrogatione; quam cur illi neceſſariam putent, non opus eſt exponere, in loco, cujus major eſt ſubtilitas, quam uſus.

4. Sed an non hac parte juſtior, quàm eâ parte, quam Autumnus impetit, cenſura videretur? Quid enim? Promiſiſti mihi ex duobus equis unum: melior ex illis ſine culpa & morâ tuâ periit; alterum ego cis annum occidi. Tu liberatus es; Ego nihil habeo quod petam, nec peto quicquam. Num quid tu de viliore interfecto ages? Atqui nihil intereſt tua. Viliorem enim, quem mihi ſolviſſes, non ſolvis, & meliorem caſu amiſiſti. Nullum à me damnum paſſus es. Attamen delictum ego commiſi, ex quo non ei cujus intereſt, ſed Domino datur actio; Equus adhuc erat alienus; nec uſquam is qui rem ſibi debitam peremit, à Lege Aquiliâ, quod ſciam, liberatur. Ergo ſi res pluris fuerit cis annum, ad pœnam teneri occidentem, non eſt iniquum. Sed pœna nimis ſubtiliter exquiritur, ut hic quidem Paulus colligit; Equus enim occiſus non dicitur in ſe fuiſſe pluris cis annum retro; ſed pluris fuiſſe futurus, ſi ante annum fuiſſet interfectus: idque non per ſe, ſed ratione ejus quod intereſt, non quod revera fuit, ſed quod eſſe potuiſſet, ſi melior equus tum adhuc vixiſſet. Quod videtur impingere in requiſitum ejus quod intereſt, ut hoc in re ipsâ ſit radicatum, non incertum & imaginarium, quod Interpretes in hac ipsâ materiâ ad §. *Illud non* 10. *I. de Leg. Aquil.* recte inculcant. Plane, ſi quis hac parte nihilo juſtiorem cenſuræ cauſam eſſe, quam Autumnus in primâ parte movit, demonſtrare poſſit, erudite gaudebimus Eunomiæ gratia. Strictum jus, fateor, eſt pro ſententia Pauli; Sed dubito, an æquitas ferat, pœnæ rationem inde uſque adeo tam longe peti. Si quis tamen arbitrariam æquitatis rationem certis juris ſcripti rationibus præferendam non putet, huic nihil eſt quod refragemur. Cæterum illud ultimum ab uſu temporum, quæ Legis Aquiliæ actionem non faciunt pœnalem, recedere, non poteſt, neque ſane debet ignorari, ut Groenewegius aliique ſcriptores pragmatici *ad h.* t. *Inſt.* & *ff.* confertim monuerunt.

Digitized by Google

Ulpianus Lib. XXIII. ad Edict.

Sed cum homo liber periit, damni æſtimatio non fit in duplum, quia in homine libero, nulla corporis æſtimatio fieri poteſt. Sed quinquaginta aureorum condemnatio fit l. 1. §. 5. d. His qui effud. vel Dejec.

1. Agitur hic de præſtatione damni, quod è cœnaculo alicujus in Tranſeuntes incerto auctore datum ſit. Ex eo Habitator regulariter in duplum tenetur, ſi liber homo ſit interfectus in quinquaginta aureos, ſi vulneratus in impenſas & mercedes Medicorum, & in id quod intereſt, ratione operarum, quibus caruit & cariturus eſt, ac omne reliquum damnum & lucrum ceſſans, quod ſæpe ſummam 50. aureorum immenſo excedere palam eſt. Quod JurisCti corpus liberum æſtimari nolunt, bene eſt. Sed illud inſtar æſtimationis aut pœnæ in 50. aureos nimis eſt ſordidum. Nobilitas hominis liberi dehoneſtatur ejusmodi pœnâ cædis, quæ minor eſt plurium pretio ſervorum & jumentorum. Stichus & Pamphilus, ſervi, de quibus habuimus ad *l. pen. ad L. Aquil.* erat alter decem, alter xx. millium ſeſtertiorum, quorum ſinguli centum, faciunt aureum; ac ita Pamphilus fuit aureorum ducentorum, quâ ſummâ liberi hominis vita, per alterius animal noxium extincta æſtimatur in *l. 42. d. Ædil Ed.* Commodum hic uſu veniat, quod Cujacius *l. 19. Obſ. c. 32. &* ex eo Wiſſembachius noſter, in *Emblem Trib. ad l. pen. & ult. d. In jus Voc.* in locum communem redegerunt; ubicunque legitur aureorum certa ſumma, ſcriptum fuiſſe ab auctoribus legum, totidem millia ſeſtertiorum. Hoc aliquanto fit honeſtius vitæ humanæ pretium, ſi pœna ſit *quinquaginta millium ſeſtertiorum*, ac ita *quingentorum*, pro *quinquaginta*, aureorum; juxta computationem, quam demonſtravimus ad *d. l. pen. & ult.* Cujuſmodi alternativa Lectionum, *quinquaginta & quingentorum* obſervata quoque eſt Edicto Prætoris, quale & hic eſt, in *l. 7. in pr. d. Juridict.* Proinde, ſi quis illam & heic aureorum ſummam putet intelligendam, non eſt quod ad rem ipſam multum refragemur. Etſi minime concedimus, Juſtinianum mille ſeſtertios à *veteribus* ſcriptos, in totidem *aureos* commutaſſe, quod refellimus ad *d. l. ult.* Sicut etiam hujus emendationis, ut *quingenta* pro *quinquaginta* legatur, etſi facilis in numeris ſit error, nos auctores ferre, non eſt animus.

2. Cauſa minoris mulctæ, ſi quinquaginta duntaxat aureorum ſit, hæc fuerit, quod Habitator in actione hujus Edicti non è ſuo dolo, nec quidem è culpâ ſua, verum ex alieno commiſſo convenitur. Denique, recentiores populi nihil hactenus habent, quod Juri Romano, comparatione ſui objiciant; quando ſatis conſtat, civilem hominis occiſi mulctam, Wehrgeldium vocant, non excedere viginti coronatos ſive Imperiales, teſte Carpzovio *Crim. p. 4. C. XI. n. 1.* Idque licet de proprio facto aliquis condemnetur, civiliter, inquam, ut hic etiam civilis multa irrogatur. Apud Friſios veteres **Haudleeſena**/ id eſt, redemptio corporis, an capitis; de utrovis enim accipi poteſt vocabulum; pro homine libero erat LXII. Solidorum, alicubi LII. vel *quinquaginta*, ut eſt in LL. *Friſ. tit. 1. & ſeq. de Homicidio.* Solidus autem, ut Siccama putat, *ad tit*

de

de Compoſit. ac probat, conſtitit decem ſtuveris & ſemiſſe, quæ eſt quantitas hodieque ſolidi ſive *Schellingi* Anglicani. Adeo ut Wergildum Friſicum non excellerit decem, aut alicubi, (nam ſecundum regions nonnihil variavit) XII. Imperiales. Idque ſuper homicidio in pugna admiſſo, ut indicat vox Wergild: Nam Werre ſignificat pugnam, certamen. Unde Longobardicum & Celticum *Guerre*, bellum, & hodiernum Friſicum **Weer / Weerhamer /** judicium, & locus judicii, ubi jure manus conſerunt. Hanc multam Ordines Friſiæ meritò auxerunt ad trecentos Florenos majores, olim *aureos*, ac etiamnum ita ita dictos *lib.* 2. *Stat. tit.* 13. *art.* 1. à quibus non multum, abhorret multa Romana; Quinquaginta enim aurei vetere moneta Romanorum, facile ferunt trecentos ſeptuaginta *quinque Carolinos*, quæ ſumma non multum eſt infra Wergeldium præſens Friſicum, quod tenet Carolinos 420. Idque non in vero delicto, ut apud nos, ſed in facto, quod ſine fraude vel culpa, Patrifamilias, ob id quod à ſuis commiſſum fuit, infligitur. Nihil igitur eſt, quod hactenus in Eunomia Romana deſideretur.

Ulpianus Lib. XXIII. ad Edict.

Cum autem Legis Aquiliæ actione, propter hoc quis condemnatus eſt, merito ei, qui ob hoc, quod hoſpes, vel quis alius de cœnaculo dejecit, damnatus eſt, in factum dandam eſſe, Labeo dicit, adverſus dejectorem. Quod verum eſt; Plane ſi locaverat dejectori, etiam ex locato habebit actionem l. 5. §. 4. *d. His qui effud. vel dejec.*

1. Cenſura Viri Cl *lib.* 1. *Probabil. c.* 13. Sublatus eſt, *inquit*, error unus Ulpiani in *l.* 5. *d. L. Aq.* Sequitur alter ejuſdem Juriſconſulti haud minor lapſus in *l.* 5. §. 4. *d. His qui dejec. vel effud.* ubi dicit, horrearium aut apothecarium, qui aliquid dejecerit, aut effuderit, aut ſi quis operantium id fecerit, quem in §. *præcedente* 3. dixit in factum teneri, hunc in *noſtro* §. 4. ſcribit Aquiliæ Legis actione condemnatum, *quarum appellatio diſtinctiſſima eſt*, ait Vir Cl. Ac ideo pro Legis Aquiliæ actione, ſcribit in hoc §. 4. IN FACTum actione. Si eſt hæc emendatio, non erit Ulpiani lapſus, verum ſcribæ, quod malim; Nec enim tam eſt credibile, Ulpianum neſciviſſe jus, in quo verſabatur, quam hunc locum eſſe corruptum. Vir Cl. tamen Ulpiano imputat lapſum; ideoque ſcribit ita, quod ſcribendo ille perverterit. Anton. Faber modeſtius erga Ulpianum; ſcribæ imputat errorem; Ulpianum ſcripſiſſe credit, ita *hac actione*, quod more Veterum fuerit ſcriptum, h'Actione; majuſculæ enim geminandæ ſunt, in legendo, Florentiæ. Deſcriptor putavit, duas priores literas eſſe initiales; Sed h. pro l. accepit, ſive errore ſcripturæ, ſeu quid h. ſibi vellet, neſciens; ita concepit L. A. unde fluxerit, *Legis Aquiliæ* actione. Ita Faber; Ingenioſe profecto, nec forte non vere; ſi unquam hoc genere conjecturarum uſus ſit, qui creberrime uſus eſt Cujacius. Accurſii explicationes Vulgatæ, id eſt Florentinæ Lectionis, hac parte non ſatisfaciunt. Ulpianum lapſus arguere tam inepti ſupervacuum videatur.

Cajus Lib. VI. ad Edictum Provinciale:

Cum liberi hominis corpus ex eo, quod dejectum effuſumve quid erit, læſum fuerit; Iudex computat mercedes medicis præſtitas, cæteraque impendia quæ in Curatione facta ſunt. Præterea, operarum quibus cariturus eſt, ob id, quod inutilis factus eſt. Cicatricum autem aut deformitatis nulla fit æſtimatio; quia liberum corpus nullam recipit æſtimationem l. ult d. His qui effud. vel dejec.

1. Ejuſdem argumenti textum prætervecti ſumus in *l.* 3. *ſupra Si Quadr. paup.* ex eodem opere Gaji ad Edictum Provinciale, ſed è *libro* VII. Cenſura horum librorum eſt ad eam partem, quâ dicitur, æſtimationem nullam fieri deformitatis & cicatricum, eo quod liberum corpus nullam recipiat æſtimationem. Groenewegius ad *b. t.* Futilis mehercle ratio, *inquit*: Nam vel ob id ipſum, quod tanti ſit humana facies, ut ad ſimilitudinem pulchritudinis cœleſtis figurata dicatur in *l.* 17. *C. de Pœn.* eo magis ratio debet haberi deformitatis & cicatricum. Sic ille. Quidam Anteceſſor Juris in Belgio noſtro Auditoribus ſuis inculcare ſolebat; Advocatis licere plus ſalarii à clientibus ſuis exigere, quam publicis tabulis præſcriptum ſit, argum. *l.* 1. §. 5. *d. Extraordin. cognit.* ubi Juriſprudentia dicitur eſſe res inæſtimabilis; Ideoque æſtimationem publicam eſſe nullius momenti, nec ponere terminos exactioni ſalariorum, cum opera Juriſprudentiæ nullam recipiat æſtimationem. Sic etiam, volunt illi, in hac re concludendum foret; eo quod liberum corpus inæſtimabile ſit, ejus læſionem quam maximâ pecuniæ ſummâ, duntaxat ex bono & æquo, eſſe luendam. Plane, rationem Juris in *hac l. ult.* jam olim Interpretes in Virginibus, ne quid obſtet earum nuptiis, haud ferendam putarunt, ut è veteribus adnotavit Gotofredus *hic*, idemque firmat Gomez *tom.* 3. *Reſol. c.* 6. *n.* 12. Ampliatur id etiam, ut & doloris æſtimatio ſeorſim fiat, teſte D. Matthæo *tract. de Crim. lib.* 47. *c.* 3. *n.* 4. cujus tamen ex eadem ratione Gaji, cum ſit affectio liberi corporis, in æſtimatione judiciali ratio habenda non foret.

2. Non poteſt negari, quin hæc, quæ Uſus probat, æquitati ſint conſentanea. Nec tamen ſi res bene, comparatis omnibus Juris articulis, exigatur, Eunomiæ Romanæ quicquam iniqui merito ejus imputaverit. Sic enim ponenda eſt ratio. Vulnus in faciem vel aliam corporis liberi partem inflictum eſt, dolo vel per imprudentiam. Si hoc, juris ratio non exigit amplius, quam ut damnum reparetur, Damnum autem eſt diminutio patrimonii *l.* 7. *d. Damn. inf.* Cujus partem cum non faciat liberum corpus, aut ullum ejus membrum, neque vere detur illius pretium pecuniarium, quam facit injuriam homino generi lex Romana, quando liberum corpus, aut ejus partes vel affectiones non ſubjicit æſtimationi? Quod ſi dolo facies hominis violata ſit, jam datur actio, non Legis Aquiliæ, ſed Legis Corneliæ injuriarum, quâ læſus ipſemet injuriam ſuam æſtimat, eamque judex, ratione dignitatis perſonarum, loci, corporis aut rei geſtæ, ſine præſcripta ſummâ ſecundum rei qualitatem æſtimat, eoque caſu vel maxime deformitatis, cicatricum & doloris haberi poteſt ratio §. 9. *Inſt. de Injur. l.* 7. §. 7. & *ſeq. l.* 8. *eod.* Bene conſultum eſt ſ[illegible]rum gentium Legibus, quæ ſingulis vulnerum

nerum aut læſionum ſpeciebus certas impoſuere mulctas, quemadmodum fit in Friſiæ Statutis *lib.* 2. *tit.* 2. Quibus tum ratio deformitatis incluſa videtur, etſi Statuta minime concepta ſint, ad intentionem & inæſtimabilis. Quomodo, v. gr. ſi cui oculus excutiatur, dimidia pars wergeldii, de quo diximus, exigitur, & bini oculi mulctæ cædis æquiparantur *art.* 4. Vulnus in faciem impreſſum duplo aliorum vulnerum æſtimatur *art.* 11. Præter quas mulctas ita Lege determinatas & quicquid interſit partium, nihil amplius, doloris aut deformitatis reſpectu, à Curiâ Supremâ, petentibus adjudicari ſolet, ut omnibus in Foro noſtro agentibus conſtat. Quatenus Lex nihil certi præſcripſit, ego ſic cenſeo; nihil melius, æquius, tutius eſſe, quam ſequi expoſitam modo Juris Civilis diſtinctionem. Quæ in æſtimatione patientis collata, notabilius ad liberi corporis dignitatem æſtimandam comparata fuit; quam hodiernæ pœnæ Statutorum.

Ulpianus Lib. xxxvii. ad Edict.

Si ſervus meus rem tuam ſubtraxerit & vendiderit, tuque nummos, quos ex pretio habebat, ei excuſſeris, locus erit furti actioni ultro citroque: Nam & tu adverſus me furti ages, noxali ſervi nomine, & ego adverſus te nummorum nomine l. 38. §. 2. *d. Noxal. act.*

1. Diu male me habuit hic locus ejusque ratio, qua, ſi nummos ex re mea redactos furi excuſſerim, furti potius tenear, quam incidam in pœnam Divi Marci conſtitutionis, qua jus ſuum, qui ſibi ipſi jus dixerit, & rem ſuam vel ſibi debitam, aliter quam per judicem repoſcat, amittit *l.* 13. *Quod met. c.* Quare autem Furti teneor, qui ſine dubio lucrifaciendi animo caream, id agens, ut nummos ex re mea redactos à fure recuperem? cum id, etſi non legitimo tramite fiat, excutiendo nummos è manu; furti tamen crimine, quod abſque animo lucrifaciendi non committitur §. 1. *Inſt. de Oblig. ex del.* non minus id vacat, quam rapina eſſe negatur, quando quis rem ſuam vel ſibi debitam eripit invito; quia lucrifaciendi ſtudium abeſt, cum is incidat in prædictam D. Marci conſtitutionem §. 1. *de Vi bon. rap.* Gloſſa rectè ponit, ut excuſſor Furti teneatur, oportere eum habuiſſe animum lucrifaciendi: At quomodo in hac ſpecie animus lucrifaciendi adſit, non explicat: Si prius de furto peregiſſet dominus rei furtivæ & dein nummos excuſſiſſet, jam manifeſtus erat lucrifaciendi, & ſic merito furti teneretur. Sed hanc hypotheſin verba textus non ferunt, cum actio Furti reciproca detur, poſtquam nummi ſunt excuſſi. Dicerem magis merito: Illum qui excuſſit nummos, amittere actionem Furti, cum, quia nihil jam ipſius intereſſet, Actio furti autem nonniſi ei, cujus intereſt, datur, tum propter conſtitutionem D. Marci. Sed hanc non habere locum, ait Accurſius, quia nummi ex re furtivâ redacti, neque ſunt proprii, neque debiti Domino rei furtivæ: Proprios concedo; Debitos non eſſe, nego; quia condici poſſunt nummi ex re meâ redacti *l.* 23. *d. Reb. Cred.* Quid ergo tandem? Duplex ſolutio placet; Prima, Dominum rei furtivæ, cum nummos è manu ſervi furis excuteret, neſciviſſe, nummos illos ex re ſua eſſe redactos; Ideoque animum lucr-

lucrifaciendi habuiſſe: quo poſito, ceſſat omnis difficultas, tam de animo quam de ſanctione divi Marci. Non habetur equidem in textu, neque ἀσύστατος facti illam conjecturam valde, fateor, favorabilem reddit. Furtum mihi factum, Res vendita, pecunia in manu furis, excuſſi à me nummi, confertim omnia ſcientiam in me preſſe arguere videntur. Nihil tamen eſt in textu quo illa facti ſpecies excludatur. Si cui tamen hoc minus ſederit, is videat, an melius congruat id; quod obſervat Scholiaſtes Græcus, qui furti qualitatem in Domino rei furtivæ tum demum intelligit, ubi nummos excuſſerit, *ἐπὶ τὸ λαβεῖν αὐτοὺς ἕτερον, ut alius eos acciperet.* Hoc enim ita proditum eſt, qui nummos excuſſit, ut tertius eos auferret, hunc Furti teneri, ut cujus ope, conſilio furtum ſit factum *l.* 27. §. 21. *ad Aquil.* Non agitur ibi quidem de caſu, quo nummi excuſſi, ex re excutientis furto ablatâ redacti ſunt, attamen hunc caſaum æquè de talibus quam de allis nummis, evenire poſſe palam eſt. Atque hic caſus exemptus eſt objectionibus commemoratis.

EUNO-

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM X.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Paulus Lib. XXIII. ad Edictum.

F*Inium regundorum actio in perſonam eſt, licet pro rei vindicatione eſt l. 1. d. Fin. regund.*

Hic locus videtur eſſe τῶ ἀσυςάτων, terminis male cohærentibus. Nam actio in perſonam datur adverſus certum hominem ejuſve heredem; Rei vindicatio contra quemlibet rei poſſeſſorem, quæ ſimul & de una eademque actione prædicari vel uſum habere non poſſunt, ut probat Ant. Faber 20. *Conject.* 10. Quod etſi ex hypotheſi mixtarum actionum, quæ ſimul in Rem & perſonam ſint, multis aliter videatur, revera tamen ἐκ τῶ ἀδυνάτων, ex iis quæ fieri non poſſunt, habendum eſt; ut actio contra certam, & contra quamlibet perſonam, una ſit ac eadem: Qualis hæc finium regundorum actio foret, ſiquidem in perſonam ſimul & *pro* rei vindicatione, id eſt, jure vindicationis daretur, quemadmodum pro ſocio, pro emptore, pro dote, pro ſoluto, id eſt, jure ſolutionis, dotis, emptoris jure ſive *titulo*, & id genus alia, ſumuntur. Atqui non eſt verum, in hac actione *de jure Dominii quæri*, ut Faber hic ponit, ſed de finibus regundis, cohærens ſaltem quæſtioni proprietatis, *l. 3. C. h. t.* Ergo de illa non eſt conceptum hoc judicium. Sed nos particulam *pro*, ſic accipimus, ut pro Conſule, pro Prætore, id eſt, loco Prætoris aut Conſulis, ut ſenſus tum ſit; Finium regundorum actio in perſonam eſt; *Licet*, hoc eſt, non obſtante, quod pro rei vindicatione ſit; ſive, loco rei vindicationis, ejusdemque effectus: Quia cum quis fines inter ſuum & vicini agrum, decem perticis ultra eſſe promovendos contendit; ſi id obtineat, perinde eſt, ac ſi agrum intermedium vindicaſſet; Etſi in actione movenda, ſimpliciter in perſonam, ad ſubmovendos fines, egerit. Bene ad hunc ſenſum Baſilici, Εἰ καὶ πράγματος ἐκδίκησιν ἔχει; *Quanquam rei vindicationem contineat* Finium

Regundorum actio. Hæc cum iis, quæ *in Prælect. ad h. t. & de Heredit. petit.* diximus, utiliter comparari poſſunt.

2. Quidam in Belgio Profeſſor Juris ferre non poterat *hujus L.* 1. verba, *licet eſt.* Legebat ita; *Licet pro rei vindicatione ſit.* Nimis grammaticè: Nam veteres tam anxiè non connectunt. Ulpianus idem, in *l.* 8. §. *ult. d. Tranſact. Quia fructus habitationis præſtatur, licet ruinæ vel incendio ſubjecta transactio eſt*, ubi domus de qua transactum, audaci tropo, vocatur *Tranſactio.* Julianus in *l.* 2. §. 2. *d. jur. Codicill Licet directæ libertates deficiunt.* Alibi, *Licet non fuit condemnatio ſequuta l.* 20. *in fin. d. Accuſat.* Rurſus; *Licet enim una eſt actio*, quâ de peculio deque eo quod in rem domini verſum ſit agitur §. 4. *l. Quod cum eo, qui in al. pot. Etc.*

Paulus Lib. xxiii. ad Edict.

Sed & loci unius controverſia in partes ſcindi adjudicationibus poteſt, prout cujuſque Dominium judex in eo loco compererit l. 4. *in pr. Fin. Regund.*

1. Antonius Faber in *Rational. ad h. l.* Arbitror, ait, legendum eſſe *Dominii jus*, non, ut vulgo, *dominium.* Nimis luxurioſa criſis, abſque ullâ non modo neceſſitate, ſed etiam ingrato cum nexu verborum, *Dominii jus Judex!* Quid autem hic adferat *Dominii jus* quod non ſit in *Dominio*, nec ipſe ediſſerit, nec mihi percipere datum eſt. Sed hoc aliquem male habeat; Adjudicationes veniunt ex jure partium, ut v. gr. uni adjudicetur agri pars alterius, & huic viciſſim pecunia detur, quod neuter exigendi jus habebat *l.* 2. §. 1. & *l.* 3. *h.* §. *ſi finium* 6. *Inſt. de Off. Jud.* Hæc autem ſciſſio in partes fit. ex dominio, ſive, quod Faber malit, jure Dominii. Dicamus ita; Adjudicationes, quæ ſunt officii, non opponuntur juri partium, ſed juri Actionis. Atqui dominium vel jus ejus non eſt in actione; ſed in hac, de finibus, ubi terminentur illi eſt quæſtio. Cum igitur de finibus certi loci Partes ambigunt, & judex intelligit, dominium loci in partes minores jure diviſum eſſe, quam intentio mutua de finibus ferat, tum ex officio fundum ſcindere poteſt in totidem partes, in quot dominium, etſi ad hoc non contenderint, jure diviſum eſt.

Paulus in d. lib. xxxiii. ad Edict.

Qui communem fundum habent, inter ſe non condemnantur: neque enim inter ipſos accipi videtur judicium l. 4. §. 6 *Fin Reg.*

1. Spectat ad locum communem Antonii Matthæi; *JurisConſulti ſæpe otioſas & inertes rationes, quæque bis idem inculcant, dictorum ſuorum reddunt. Diſp. fund.* 10. Quid enim? Non condemnantur inter ſe; quia inter ſe non accipiunt judicium. Ecquid eſt idem per idem, ſi hoc non eſt? Aut quid inertius, monere, quod condemnandi non ſunt, qui non accepere judicium. Sane ita, ſi res in theſi conſideretur. At pone tis ita quæſtionem. Socii ipſo facto acceperunt hoc judi-

judicium, de fundo communi, cauſa diſceptata eſt: Quæritur, an condemnandi ſint. Non ſunt: quia non videtur acceptum inter eos judicium, de jure, quod de facto acceptum eſt, cum ſit ipſo jure nullum. Ita nemo dicet, otioſam eſſe αἰτιολογίαν vel ταυτολογίαν.

Paulus Lib. XXIII. ad Edict.

Sive via publica intervenit, confinium non intelligitur, & ideo finium regundorum agi non poteſt d. l. 4. §. *ult. Fin. reg.*

1. Hic locus inter paucos editionis Florentinæ, ex incuriâ, vitioſus eſt. Pro *ſive* legendum, *ſi vero*, ut Gloſſa: Vel, *ut* Faber, *ſi flumen vel via*, arg. *l. ſequentis*, ubi *Si via publica vel flumen*. Statis eſt in gloſſâ.

Ulpianus Lib. VI. Opinion.

Ad Officium de finibus cognoſcendis pertinet, menſores mittere & per eos dirimere ipſam finium queſtionem, ut æquum eſt; ſi ita res exigit oculiſque ſuis ſubjectis locis, l. 8. §. 1. *Fin. Regund.*

1. Ultima verba non bene ſita eſſe, res loquitur; Pone ſis ita, ſine mutatione; *Oculiſque ſuis, ſi ita res exigit, ſubjectis locis.* Faber, *oculis quoque ſuis*; Non opus eſt addi quicquam; Trajectio ſufficit, ut videtur.

Ulpian. Lib. XIX. ad Edictum.

Cæteræ itaque res, præter nomina, veniunt in hoc Judicium. l. 4. *in pr. Famil. erciſc.*

1. Imo nihil commodius, expeditius, uſitatius in familia erciſcundâ, Id eſt Hereditate dividenda, quam Nomina, ſive obligationes & Actiones, occurrit, & reperitur; ut omni die res & uſus docet longe melius & facilius obligationes, quam domos & fundos dividi. Nec poteſt hæc res imperito Juris, & forte ne perito quidem, non abſurda videri, ſi philoſophiam Juris non excutiat. Hæc autem talis eſt; Obligatio eſt Jus perſonæ debitoris aut creditoris inhærens, incorporale & individuum; Facto hominis aut Judicis, per rerum naturam non poteſt dividi. Sed Lex inter heredes, defunctum pariter repræſentantes, facit diviſionem juris, relatione ad materiam debiti facta *l. 6. & 7. C. h. t.* Hæc Legis partitio manet immutabilis. Singuli heredes pro ſuis partibus obligant & obligantur, nec poſſunt aliter, quicquid inter ſe dividant, vel judex adſignet; diviſio quæ juris eſt manet. *l. 3. h. t.* Sed eventu uſuque populari verum eſt, nihil commodius, uſitatius eſſe, quam Nomina & obligationes ad diviſionem. Nec tamen obligationes & nomina hodieque dividi veriſſimum eſt. Fiat exemplum; Tres ſumus heredes, Tres ſunt obligationes, Partimur eas, ſinguli unam capimus. Ego ex meâ

 debi-

debitorem convenio. Reſpondet ille; Ego tibi ſoli non debeo, ſed cunctis ſimul heredibus. Replico, Divitimus inter nos, mihi ceſſit hæc, quam tu debes. Ille duplicat? Obligationes & nomina dividi non poſſunt: Ipſo jure nonniſi tertiam partem tibi debeo; hanc tibi ſolvam. Et habet rationem. Opus eſt, ut coheredes mei ſuas partes mihi cedant: Tunc illum pro meâ quidem parte, meo jure, pro cæteris partibus, non jure diviſionis, ſed jure ceſſionis conveniam. Idcirco ceſſiones Famimiliæ Erciſcundæ inſtrumentis hodie à Notariis inſeri ſolent & debent.

Ulpianus Lib. XIX. ad Edictum:

Sed & ſi quid pecoribus noſtris à beſtia ereptum ſit, venire in familiæ erciſcundæ judicium putat (Pomponius) ſi feram evaſerit: Nam magis eſſe, ut non deſinat noſtrum eſſe, inquit, quod à lupo eripitur, vel aliâ beſtiâ, quamdiu ab eo non fuerit conſumptum l. 8. §. ult. Famil. Erciſc.

1. Occurrit hic locus notabilis, de rebus ita amiſſis, ut recuperatio deſperetur, utrumne, ſi forte ſervatæ ſint, occupantis fiant, an veteri domino reſtitui debeant. Ulpianus & Pomponius *hic*, putant, ovem noſtram à lupo de grege raptam manere quandiu conſumpta non fuerit ovis, ideoque reſtituendam. Quid autem pro deſperato liquidius haberi poſſit, quam à lupo raptum & ablatum pecus, haud facile dixeris. Aliter tamen Grotius hanc rem accipit in *lib. 2. de jur. B. & P. c. 4. n.* 13. *Sic amiſſum cenſetur id*, inquit, *cujus recuperandi ſpes projicitur; ut porcos à lupo raptos, & quæ naufragio amittimus, noſtra eſſe deſinere, ait Ulpianus, non ſtatim. ſed ubi recipi non poſſint; Id eſt, ubi non eſt, cur credatur, aliquem animum Domini retinere, cum nulla talis voluntatis indicea exſtant. Nam ſi emiſſi eſſent, qui rem inquirerent, ſi promiſſum μήνυτρον, aliud eſſet judicandum.* Hanc quoque rationem ſequuti ſunt Hebræi ſapientes, quos Grotius libenter ſequitur, teſte Seldeno de *Jure Nat & Gent. lib.* 6. *c.* 4. Nos primo de ſententia Juris noſtri, tum de comparatione videbimus.

2. Et hoc quidem loco Ulpianus & Pomponius rem à beſtia raptam, manere prioris domini, donec abſumpta fuerit, diſertis verbis adfirmant. Grotius ad ejuſdem Ulpiani locum, eodem libro 19. *ad Edictum*, qui extat in *l.* 44 *d. A. R. D.* reſpicit, quem proinde conferamus oportet. Sic eſt ibi, *Pomponius tractat*; Planè ut in *hac l. præſcripta* Pomponii ſententiam refert & explicat; mirum igitur fuerit, ſi aliud ibi, quam *hic loci* tradat; *Cum paſtori meo lupi porcos eriperent*; Eſt idem caſus, qui in *hac l.* 8. §. *ult.* *Hos vicinæ villæ colonus, cum robuſtis canibus & fortibus, quos pecoris ſui gratiâ paſcebat, conſecutus, lupis eripuit, aut canes extorſerunt; & cum paſtor meus peteret porcos, quærebatur, utrum ejus facti ſint porci, qui eripuit, an noſtri maneant.* Et quoniam (fas ſit ita legere, pro *nam*, *tamen*) *genere quodam venandi id erant nacti, cogitabat, quemadmodum terrâ marique capta, cum in ſuam naturalem laxitatem pervenerunt, deſinerent eorum eſſe qui ceperunt: ita ex bonis quoque noſtris capta à beſtiis terreſtribus & marinis, deſinant noſtra eſſe, cum effugerint beſtiæ noſtram perſecutionem. Quis denique manere noſtrum dicit, quod avis transvolans ex agro aut ex area noſtrâ abſtulit, aut quod nobis eripuit. Si igitur deſinit;*

nit; *ſi fuerit*, *ore beſtiæ liberatum*, *occupantis erit*. *Quemadmodum piſcis*, *vel aper*, *vel avis*, *qui poteſtatem noſtram evaſit*, *ſi ab alio capiatur*, *ipſius ſit*. Hactenus dubitandi rationes pro ſententiâ, quæ Grotio placuit, è perſonâ Pomponii ab Ulpiano expoſitæ ſunt. Subjicit veram Pomponii ſuamque ſententiam. *Sed putat potius*, *noſtrum manere tamdiu*, *quamdiu recuperari poſſit*. Poteſt autem fieri, ut deciſio cum hac *l*. 8. §. *ult* conveniat. *Licet in avibus & feris & piſcibus verum ſit*, *quod ſcribit*, Pomponius ſcilicet; nempe feras & piſces, ubi evaſerint cuſtodiam noſtram, ut difficilis ſit eorum perſecutio, rurſus occupantium fieri; quia tribuerunt hoc ipſorum animo, non redeundi & arripiendi naturalem libertatem. *Idem ait*, *ſi naufragio quid amiſſum ſit*, *non ſtatim noſtrum eſſe deſinere*, Hoc captat Grotius; quaſi non quidem ſtatim, poſt tamen aliquanto amittatur dominium rerum naufragarum, quod eſt contra quam infinite ſcriptum eſt in *l* 1. §. *ult*. *l*. 8. *ad L*. *Rhod*. §. *ult*. *l*. *de R*. *D*. Oppoſita opinio eſt hæc; quod naufragio amiſſum eſt, ſtatim deſinere eſſe noſtrum: negat hoc Ulpianus; non ſtatim deſinit eſſe noſtrum, ait, quod illi volunt: Sed illa ἀλογεύεται, Ergo paulo poſt ſtatim deſinit; non eſt in Ulpiani verbis; *Denique* ait *quadruplo teneri eum qui rapuit*; cui rationi non tam brevi, quam Grotius vult, præſcribitur. Poſtremo Ulpianus; *Et ſane melius eſt*, inquit, *dicere*, *& quod à lupo eripitur noſtrum manere*, *quamdiu recipi poſſit*, *id quod ereptum eſt*. Gloſſa Grotii, *id eſt*, *quamdiu non extant indicia voluntatis domini*, non habet rationem. Aliud eſt quamdiu recipi poſſit; aliud, quandiu recipere ſe velle declaret.

3. Romanorum igitur ſapientum mens eſt; Amiſſa naufragio, per beſtias aliterque nobis invitis erepta, quamdiu non habuimus illa pro derelictis; Id eſt, quamdiu illa habere non nolumus, tam diu res in dominio manere noſtro, etſi de recuperanda eâ deſperatum ſit; adeo, ut ſi præter ſpem recuperata ſit, quominus prior dominus rem vindicet, nihil impedimento ſit; quod Grotius & Hebræi minus eſſe juridicum arbitrantur: Hi tamen addunt hanc limitationem, Seldeno teſte; niſi dominus addiderit, ſigna rei ſuæ, quibus amiſſa recognoſci queant, ut ſolent mercatores in rebus, maximè compactis ad navigandum. Sed præter quod hæc ſigna non in caſum amiſſionis potius quam ſeparationis ab aliorum rebus imponuntur. exiſtimo, res ſuas retinendi deſiderium, non minus ex affectu naturali cujuſque domini, quam ex ſignis adſcititiis colligi. Quin fortius æquitatis argumentum in hoc eſt, quod nemo ſine facto ſuo, rei propriæ dominio privandus ſit; quam quod diſcurrendo fatigatus rem quærere deſierit inventu deſperatam, etſi libentiſſime, ſi repertam cognoverit, eam recepturus ſit Ac ideo ſic eſt ratio naturalis, quam tenebimus, & Ulpiano vindicabimus; res à lupo vel ab ave raptas & naufragio deperditas manere dominorum, quamdiu conſumptæ non fuerint *d*. *l* 44. *& hac l*. 8. §. *ult*.

4. Quia tamen in juribus & dominiis rerum acquirendis, magnâ vis eſt temporis, non eſt dubium, quin, ſi quis res amiſſas invenerit, ignarus domini, & probabiliter, eas non habere dominum credens, per longiſſimum tempus poſſederit, jure gentium ejus rei dominio potiatur, ſaltem uſucapione pro ſuo *l*. 2. *Pro ſuo*. Sicut autem uſucapiones & præſcriptiones longi & longiſſimi temporis, hac præſumptione nituntur, quod amiſſæ res, à dominis vere pro derelictis ha-

beantur; apparet, hanc non modo locum habere, ſi tantiſper ab alio poſſeſſæ fuerint, ſed etiam, ſi tanto temporis ſpatio, quantum ſufficit ad præſcriptionem, latuerint & præter ſpem repertæ fuerint. Cum enim fundamentum præſcriptionis non ſit in poſſeſſione, tametſi, cum res ab alio poſſidetur, id huic proſit, verum in præſumpta, inquam, derelictione, manifeſtum eſt, hanc æque, ſi res latuerit, quam ſi in manibus alienis fuerit, habere locum; & propterea, ſi poſt multum temporis inventa ſit ejuſmodi res, hanc inventoris fieri. Quo jure ſuperioribus annis Angli, argentum naufragiis Hiſpanicis ante quadraginta annos apud Americam amiſſum, per Urinatores ſingulari artificio, quo & Maccumani homines in Friſiâ noſtrâ, aliquandiu excelluerunt, extractum, vindicantibus Hiſpanis non reſtituerunt; ſed totum ſibi, tanquam ex jure gentium, retinuerunt.

Ulpian. Lib XIX. ad Edict.

Uſuſfructus an in judicium deducatur, quæritur: ut puta, ſi deducto Uſuſfructu fundus fuit ab heredibus legatus l. 14. §. 1. Famil Erciſc.

1. Cenſura; Quæſitu indigna & inepta res eſt, an uſusfructus in judicium deduci queat; Actio Confeſſoria, negatoria, de qua ſunt Tituli in Pandectis, quid aliud ſunt, quam uſusfructus in judicium deductiones? Ergo Ant. Faber monet legendum, *in HOC Judicium.* Nempe, Si quis lector addubitare poſſit, de quo judicio locus ſit accipiendus, qui deſumptus eſt, inde ubi uno tractu & contextu de Familiæ eriſcundæ Judicio συνεχῶς & confertim agitur. Cur non æquè Faber in *princ. ejuſd. Legis*, ubi, *rem de Judicio ſubducat*, Legi jubet, *de* HOC *Judicio!* Et in *l. præced.* 13. poſt judicium acceptum, æque addendum foret, HOC. Parcamus, cenſeo, tam tralatitiæ Criſi. Ne veniat in mentem dubitare, de quo judicio loquatur Ulpianus dum in medio curſu orationis de judicio Familiæ erciſcundæ verſatur. Ratio dubitandi & quærendi an Uſusfructus in judicium diviſorium deduci queat, eſt hæc; quia res eſt incorporalis & individua; verum quâ ratione pro parte conſtitui & acquiri poteſt *l. 5. d. Uſuſr.* per eandem reſpectu fructuum ſcilicet, qui corporales & dividui ſunt, in judicium Familiæ erciſcundæ rectè deducitur.

Paulus Lib. XXIII. ad Edictum:

Idem ſcribit, cum ego & tu heredes Titio extitiſſemus, ſi tu partem fundi; quem totum hereditarium dicebas, à Sempronio petieris, & victus fueris, mox eandem partem à Sempronio emero, & traditus mihi fuerit: agente te familiæ erciſcundæ judicio, non veniet, non ſolum hoc, quod pro herede poſſidetur, ſed nec id quod pro emptore! Cum enim per judicem priorem apparuit, totam rem non eſſe hereditatis, quemadmodum in familiæ erciſcundæ judicium veniet? l. 25. §. 8. Famil. erciſc.

1. Speciem hujus loci elegantiſſimam & ſubtiliſſimam à Cujacio dictam, Autum-

tumnus *iniquam & ſupervacuam* pronuntiat, idque laudat Groenewegius ad *hunc locum:* non temere, ut videtur. Tu & ego ſumus heredes; Tertius fundum poſſidet, quem putas hereditarium eſſe; ac ideo partem petis, ſed repelleris. Ego dein illam partem emo, & totum fundum accipio, partim ut emptum à me, partem ut hereditarium. Tu videns adſequutum me eſſe, quod tibi negatum erat, operâque meâ rem hereditariam in ſinum hereditatis veniſſe, familiæ erciſcundæ judicio mecum ſuſcepto, & hunc fundum vis comprehenſum, reſtituto mihi (id enim offerendum eſſe ratio dictat emptionis pretio. Reſpondeo; Non plus parte meâ jure hereditario poſſideo, in quam proinde nihil tibi juris eſt. Alteram partem emi ab eo, qui à te conventus habuiſſet exceptionem rei judicatæ; quæ jam mihi datur, qui in locum ejus ſucceſſi *l.* 28. *d. Except. rei jud.* Tu replicas, contra Tertium egi rei vindicatione, nunc familiæ erciſcundæ ago adverſus te. Ergo cum diverſa cauſa petendi ſit, res inter alios judicata tibi non prodeſt *l.* 14. *in pr. d. tit.* Ant. Faber *ad. h. l.* vult ideo, actionem tuam contra Tertium non fuiſſe rei vindicationem, ut Accurſius ponit, ſed hereditatis petitionem, quæ ſit eadem cum famil. erciſcundæ, vel eadem cauſa ſaltem juris hereditarii. Sed verius eſt, etſi vindicatio fuerit, tamen, ſi cauſa dominii veniat ex hereditate, nihilominus obſtare exceptionem, *l.* 5. *d. tit.* Verum ſi fundum prius vindicaſſem ex alia dominii cauſa quam ex hereditate, ſecus foret *d. l.* 14. In hac autem ſpecie prætuliſti jus hereditarium verbis, *quem totum hereditarium dicebas.* Ergo nec in partem à me emptam meo nomine (nam ſi tuo quoque aut communi heredum nomine emiſſem, aliud dicendum foret) quicquam juris habes.

2. Inſtat Autumnus. Coheres victus nonniſi de parte dimidiâ litigavit. Ergo per ſententiam huic ſoli parti præjudicatum eſt. Quominus igitur altera pure ſit hereditaria, nihil obſtat: Hæc igitur veniat in diviſionem hereditariam, ut cohæres victus quartam duntaxat partem teneat; *arg. l.* 1. *C. h. t. Si non omnem paternam hereditatem ex conſenſu diviſiſtis, nec ſuper eâ re ſententia dicta, vel tranſactio ſubſecuta eſt; judicio familiæ erciſundæ experiri potes.* Atqui ſic mihi fieret injuria, qui partem emi, de quâ tu acturus es, & partem alteram hereditario jure teneo, eamque haberem, etſi tu non egiſſes; quam ut tecum dividam, nulla ratio exigit. Nec obſtat *d. lex.* 1. quia cum tu partem petens repulſus es, ſi totum petas, obſtat exceptio rei judicatæ, ſicut eadem obſtat, cum quis partem pro indiviſo petiit, & dein alteram pro indiviſo partem petit. *l.* 7. *d. Exc. rei jud. l.* 33. §. 1. *d. Uſufr.* Aliud eſt, ſi quædam res extra diviſionem totæ manſerint neque de his ullo modo ſit judicatum, ut eſt in *d. l.* 1.

3. Bene igitur ſe habet hoc Pauli reſponſum è ſententia Pomponii, laudata quoque Ulpiano in perſona Juliani *l.* 11. §. 3. *d. Exc. rei jud.* Sed textum, ut à nobis ex editione Florentinâ ſuprâ deſumptus, quidam Viridocti perperam ſe habere putant, & in eo diſputant Nam Petrus Faber 1. *Semeſt. c.* 23. ut ſcribit Anton. Faber in 1. *Conject. c.* 23. hæc verba; *non veniat non ſolum hoc quod pro herede poſſidetur, ſed nec id, quod pro emptore*, eſſe poſita ſitu inverſo, & hoc ordine eſſe legenda *non ſolum hoc quod pro emptore, ſed nec id quod pro herede poſſidetur*: Idque ideo, quia de parte, quæ pro emptore poſſidetur, minus dubium

eſt

Digitized by Google

eſt in hac ſpecie, quam de parte pro herede poſſeſſâ. Antonius Faber ob eandem rationem vult tolli verba *non ſolum*, & in ſequentibus legendum, *ſicut nec id*, hoc modo; *Non veniat hoc quod pro herede poſſidetur, ſicut nec id quod pro emptore.* Sed ego magis adſenſerim ipſi Petro Fabro male à Fabro Antonio citato, qui nullo modo trajicienda cenſet verba legis præſcriptæ, nec emendat textum; ſed artificioſo loquendi genere putat uſum eſſe Juriſconſultum. Naturalis ordo verborum ſic erat, inquit, *Non ſolum hoc quod pro Emptore, ſed nec id quod pro herede.* Natura enim ita monſtrat, ut quæ faciliora, clariora, notiora ſunt, prius exponantur: tum deinde creſcat oratio, & ad difficiliora, obſcuriora, ignotiora progreſſus fiat ac adſcendatur: Sed hæc ratio ut nimis ſimplex ſæpe diſplicet auctoribus conciſe amantibus loqui, & elegantiam in ipsâ anomaliâ & τῷ Inexpectato adfectantibus. Nota ſunt illa Juſtiniani; *Armis decoratam, Legibus armatam pr. Exord. Inſt.* Item *Heredes inſtitui poſſunt tam liberi quam ſervi. pr. Inſt. de Hered. inſt.* alia majoris momenti & uſus enumerat ibi Petrus Faber laudatus. Sic igitur nec Critica, nec Juridica emendatio & cenſura in hoc loco procedit.

Papinianus Lib. XII. Reſponſ.

Pomponius Philadelphus dotis cauſá prædia filiæ, quam habebat in poteſtate, tradidit, & reditus eorum genero ſolvi mandavit: An ea præcipua filia retinere poſſit, cum omnes filios heredes inſtituiſſet, quærebatur: juſtam cauſam retinendæ poſſeſſionis habere filiam, quoniam Pater prædia, de quibus quærebatur, dotis eſſe voluit, & matrimonium poſt mortem quoque Patris ſteterat, reſpondit: filiam etenim, quæ naturaliter agros tenuit, ſpecie dotis, cujus capax fuiſſet, defendi l. 35. Famil. Erciſc.

1. Hunc Textum ab Autumno in ordinem Cenſuræ ſuæ relatum, attingo libentius, quia rem continet, ad uſum hodierni temporis notabilem. Quod enim plerique notaverunt; Dotes his temporibus in uſu non eſſe, quodque Sandius noſter aliter de Friſiâ ſcripſit in *lib. 2. Deciſ. tit. 2. def. 2.* ubi dotes adhuc in Friſiâ vigere monet, hoc an ita ſe habeat, inde mihi pendere videtur, utrum, quæ his diebus dantur nubentibus pecuniæ, ſint vere dotes, an ſecus. Ego ſic puto; Dotes, eſſe pecuniam datam marito ad ſuſtinenda onera matrimonii, & ſi marito non tradantur res aut pecuniæ, non eſſe dotes *l.* 13 §. 2. *l.* 14. §. 9. *d. Fund. dot. & paſſim*, cum nec aliter, quæſtio celebris, an maritus fiat dominus Dotis intellectum haberet. Sed hodie vix unquam, ne quidem apud nos, ita inſtituitur, ut maritis dentur res in dotem, ſed nubentibus dantur, & ab his in conjugium inferuntur, & fructus marito præſtantur, aut cum eo communicantur. Unde ſic à me conſtitutum fuit, apud nos hac hypotheſi morum, non magis in uſu eſſe dotes, quam alibi gentium uſurpentur, ut in *Prælect. ad tit. de Jur. Dot.* aliquoties demonſtravimus. Sed in hac lege parum abeſt, quin Pomponius Philadelphus (nomen loci eſt, ait ſcitè Accurſius) prædia filiæ ſuæ in dotem dederit, ad exemplum moris hodierni, quem à Jure Civili alienum eſſe putavimus; maxime quando Pater dat dotem filiæ: nam etſi

Digitized by Google

etſi locutio illa, *Patrem dare dotem filiæ*, *ferri poteſt l. 77. §. 7. de Leg.* 1. quia dos filiæ eſſe dicitur, in *l 75. d. Jur. dot* (ubi tamen verba Tryphonini; *Quamvis in bonis mariti dos ſit*, *mulieris tamen eſt*, artificiali magis quam ſimplici ordine collocata putem, hoc ſenſu, *Quamvis mariti dos ſit*, *mulieris tamen in bonis eſt*: quia dominium mariti, in patrimonio mulieris eſt, ut ſatis conſtat) Id tamen dubio procul eſt, Dotem nonniſi traditione marito factâ conſtitui, & dotis dationem eſſe Contractum §. 40. *I. de R. D. l. 6. C. d. Dot. promiſſ.* Atqui inter patrem & filiam ſuam. nulla contrahitur obligatio; nulla dominii tranſlatio fieri poteſt § 6. *I d. Inutil. ſtipul. l. 11. in med. d. Leg.* 1. Nec quod dotis cauſam putant excipi Interpretes, ex hoc loco bene probatur. Verum eſt, patrem hic filiæ prædia dotis causâ dediſſe, non marito; ſed & dotem fuiſſe conſtitutam, negat Papinianus; *ſpeciem* dotis fuiſſe declarat, dotem *quandam*, aliquid ſimile doti ex quâ nonniſi naturalis detentio, nequidem juſta poſſeſſio tranſiit in filiam: fuiſſe eam dotis capacem, non accepiſſe dotem ſignificat: Unde quæſtio nata, num prædia deberet habere præcipua patre teſtato mortuo; de quo caſu dubitari non potuerat, ſi vera Dos à Patre ad filiam profecta fuiſſet; quia teſtamento facto, nulla fiebat olim collatio Dotium, nihilo magis quam aliarum rerum. *l. 1. & l. filiam 7. & paſſ. C. de Collat.* ſed hæc Iure Novo demum introducta eſt à Juſtiniano *Auth. ex Teſtam. de Collat.* Plura Anton. Faber in *Rational. ad h. l. & lib. 7. Conjectur. C. 12.*

Paulus Lib. 11. Quæſtion.

Cum *putarem*, *te coheredem meum eſſe*, *idque verum non eſſet*, *egi tecum familiæ erciſcundæ judicio*, *& à judice invicem adjudicationes & condemnationes ſecutæ ſunt. Quæro*, *rei veritate cognitâ*, *utrum condictio invicem competat*, *an vindicatio*, *& an aliud in eo qui heres eſt*, *aliud in eo*, *qui heres non eſt*, *dicendum eſt. Reſpondi*, *qui ex aſſe heres erat*, *ſi*, *cum putaret*, *ſe Filium coheredem habere*, *acceperit cum eo familiæ erciſcundæ judicium*, *& condemnationibus factis ſolverit pecuniam*, *quoniam ex causâ judicati ſolvit*, *repetere non poteſt. Sed tu videris eo moveri*, *quod non eſt judicium familiæ erciſcundæ*, *niſi inter coheredes acceptum. Sed quamvis non ſit judicium*; *tamen ſufficit ad impediendam condictionem*, *quod quis ſe putat condemnatum. Quod ſi neuter eorum heres fuit*; *ſed quaſi heredes eſſent*, *acceperint familiæ erciſcundæ judicium*, *de repetitione idem in utriſque dicendum eſt*, *quod diximus in altero. Plane*, *ſi ſine judice diviſerint res*, *etiam condictionem earum rerum*, *quæ ei ceſſerunt*, *quem coheredem eſſe putavit*, *qui fuit heres*, *competere dici poteſt*, *non enim tranſactum inter eos intelligitur*, *cum ille heredem eſſe putaverit l. 36. Famil. erciſc.*

1. Dura & iniqua videtur hæc eſſe Pauli ſententia, quam non immerito Ulpianus (hunc enim ſine dubio notavit his verbis, *ſed tu videris eo moveri*) Collega & æmulus ejus improbavit, aliique multi hodie, quos inter Autumnus, ut ſolet; qui ſecus hodie ſecundum æquitatis rationem ſervari teſtantur; Etſi non ignorat Autumnus in *Collat. ad h. l.* quod & Mornacius *hic*, refert à Senatu Lutetiâ Pariſino, præſide Briſſonio, ſecundum Pauli opinionem eſſe judicatum,

Digitized by Google

Jacobo Chezellio Advocato, integrum hunc textum in Curiâ recitante, quo ſolo confecit abſolutionem *d.* 22. *Junii* 1589. Adeò quidem, ut nec reſtitutio quidem in integrum indulgeatur, niſi dolus perſonalis arguatur, ut Mornacius ſcribit. *Dura Res* tamen, ait Buſius hic, ut falſa demonſtratio veritati præjudicet. Errore facti opinatus ſum te eſſe coheredem meum: Commiſſo tecum familiæ erciſcundæ judicio, partem tuam pecuniarum abſtuliſti. Tum error detegitur, & me ſolum eſſe heredem, liquido conſtat. Volo repetere pecuniam tibi per errorem adjudicatam. Tu opponis exceptionem rei judicatæ. Ego replico; Non fuit judicium inter nos, fuit ipſo jure nullum; quia non ſumus coheredes: Ergo nec inde tibi datur exceptio: ſic Ulpianus putavit, Sed Paulus, nullitatem ut videtur, concedens, erroris opinionem, quaſi judicium fuerit & ſententia lata ſit, ad exceptionem rei judicatæ ſufficere contendit. Cui profecto rei valide obſtat, quod eſt in *l.* 1. §. 6. *de Re Jud. Condemnatum accipere debemus eum, qui rite condemnatus eſt, ut ſententia valeat; Cæterum, ſi aliquâ ratione ſententia nullius momenti ſit, dicendum eſt, condemnationis verbum non tenere.* Ne quidem ſi falſus Procurator fuerit, etſi adverſarius id ignoraverit, ſi poſtea detegatur falſitas, ſententia valet *l.* 24. *C. de Procurat.* Quanto magis, ubi qualitas ipſius litigantis eſt falſa, ſicut hic eſt *l* 1. §. *ult. h. t?* Poſtremo, quid durius, errorem facti innoxium, cui prudentiſſimus quilibet obnoxius eſt, tam peremptorium creare præjudicium, ut dimidiam bonorum partem heredi ex aſſe, ſine remedio intercipiat?

2. Ad hæc una reſponſio eſt, Auctoritatem rei judicatæ eſſe tantam, ut tametſi erroneè per ſordes, aut per gratiam judicatum ſit, tamen ſententiâ ſtandum ſit, *l ſervo* 65. §. 2. *Ad Sc. Trebell.* Res judicata pro veritate habetur, & ex nigro facit album, ut DD. loquuntur. Ad inſtantiam, quod judicium fuerit ipſo jure nullum, negative reſpondendum videtur, non fuiſſe nullitatem commiſſam, nec id ineſſe verbis Pauli. Nam ſi cuncta judicia ſint nulla, quia de facto non habet hoc jus actor, quod habere ſe dicit, pleraque judicia, in quibus actor repellitur, ipſo jure nulla fuerint. Atqui nihil aliud vult Paulus, quam è litigantibus alterum non habere jus, quod habere creditur; Ferre ſe coheredem, cum id non ſit. Sufficere ad valorem ſententiæ, quod partes judicium eſſe crediderunt. Formæ Judicii nihil defuit, ſed meritum cauſæ non fuit ſolidum, verum: Cujuſmodi defectus nullitatem non parit; ut fit per incompetentiam Judicis vel falſitatem procuratoris. Heres ex Aſſe, læſus erroris imprudentiam ſibi imputare debet, quod antequam explorate jus adverſarii cognoviſſet, cum eo ſit expertus ſuper hereditate dividunda; priuſquam ſciret, inquam, an ille coheres eſſet. Bene hic uſum habeat monitum Philoſophiæ recentioris, non eſſe tribuendum rebus, quod iis ineſſe clare & diſtinctè cognoveris; Id ſi commiſſum fuerit, errorem eſſe voluntarium. Quod eſt ejuſmodi monitum, ut ne quidem Ars, Juris prudentia, popularis id adſpernetur.

3. Hæc equidem ratio Judicem & Juris interpretem movere poteſt, ut neget condictionem adverſus ſententiam. Sed falſum coheredem in conſcientiâ non poteſt reddere ſecurum, quominus ad reddendum naturaliter teneatur, quia naturalis obligatio per ſententiam nec inducitur neque tollitur *l.* 60. *in pr. de*

Digitized by Google

de Condict. indeb. Quo facit, quod Brunnemannus ad *h. l.* coheredem, qui falſo prætextu partem hereditatis abſtulit, denuntiatione teneri ſcribit *Evangelicâ.* Neque diſſentit idem à Buſii ſententiâ, vero heredi dandam eſſe reſtitutionem in integrum, ex parte Edicti; *ſi qua mihi juſta cauſa videbitur*, tametſi dolus perſonalis argui non poteſt, quaſi res ipſa dolum contineat *l.* 36. *d. V. O.*

Scævola Lib. XII. Quæſt.

Qui familiæ erciſcundæ judicio agit, non confitetur, adverſarium ſibi eſſe coheredum, *l.* 37. *Famil. erciſc.*

1. Cujacius in Lib. 15. *Obſ. c.* 36. Hæc, inquit, ſententia videtur eſſe falſa. Nam actio familiæ erciſcundæ nonniſi inter coheredes datur *l.* 1. *l.* 24. §. 1. *h. t.* Oportet itaque, ut qui hac actione experitur, adverſarium fateatur coheredem, ſicut in actione finium regundorum, uterque fatetur adverſarium eſſe confinem; In actione communi dividundo, ſupponitur, utrumque ſocium eſſe. Quin, ſuperior deciſio legis non obſcure ſupponit, eum, qui judicio erciſcundæ expertus eſt, adverſarium fateri eſſe coheredem. Secundum hæc, non deſunt, qui *negativam* expungunt, in *h. l.* 37 quam & Charondas & Gotofredus in MSS codicibus deeſſe teſtantur; Et videtur olim defuiſſe; quia Baſilici textum hunc adfirmatè legunt, Ὁ κινῶν τὸ τῆς διαιρέσεως δικαστήριον, ὁμολογεῖ τὸν ἀντίδικον αὐτῷ συγκληρονόμον εἶναι. *Qui judicium familiæ erciſcundæ movet, adverſarium confitetur eſſe coheredem ſuum.* Hotomannus in recepta lectione manens verbum *agit* in *h. l.* 37. ſumit pro *judicio contendit*, quod maxime in duplicibus judiciis, quale hoc eſt, fit promiſcuum: Accipiendum igitur eſſe de reo, qui provocatus ab altero ad judicium parere coactus, hoc ipſo juri ſuo non præjudicet, nihil faciendo aut fatendo 5. *Obſ.* 1. Sed verbum *agit*, ita ſumere, ut de ſolo Reo, non etiam de Actore ſit intelligendum, difficile dictu eſt. Potius eſt, ut hoc modo, ſalvâ lectione Florentinâ reſpondeatur: Ex intentata actione familiæ erciſcundæ, ſupponi quidem videri Adverſarium eſſe coheredem; Non tamen expreſſe, neque tacitè tam valide, ut expreſſe contrarium ſuſtinere non liceat. Ergo ſi retractare velit hanc tacitam confeſſionem Actor, hereditatis petitionem inſtituere non prohibetur, ut Cujacius *d. cap.* 36. monet.

2. An hinc non licet aliquantiſper allevare duritiem Legis præcedentis, hoc modo; Quod non detur quidem repetitio ejus, quod falſus coheres judicio familiæ erciſcundæ abſtulit, neque per vindicationem, nec indebiti condictionem; verum tamen heres ex aſſe petitionem hereditatis adverſus illum, qui pro herede poſſidet, inſtituere poſſit? Etſi ab hoc temperamento non fuerim alienus in *Prælect. ad h. tit. n.* 3. quia nova eſt Actio, Hereditatis petitio; tamen quod per ſententiam in judicio familiæ erciſcundæ aliquis adeptus eſt, hoc eidem per hereditatis petitionem, rurſus adimere, non videtur ratio pati, nec quod diximus ad *l.* 25. §. 8. *h. t.* Familiæ erciſcundæ judicium idem continere quod Hereditatis petitio; nec quod uno rejectum eſt judicio in alterum venire ſolere; nec quicquam hac parte determinatum eſt à nobis, in *Prælect. d. loco.* Fallunt igitur hic, vel mendoſi ſunt ipſi, ut Cujacius putat, Baſilici, nec ab eo quod Florentiæ legitur, recedendum videtur.

Paulus Lib. xic. ad Sabinum.

Si familiæ erciſcundæ, vel communi dividundo, vel finium regundorum actum ſit, & unus ex litigantibus deceſſerit, pluribus heredibus relictis, non poteſt in partes judicium ſcindi; ſed aut omnes heredes accipere id debent, aut dare unum Procuratorem, in quem omnium nomine judicium agatur l. 48. Famil. erciſc.

1. Quid opus eſt unum dari Procuratorem, hoc caſu, à diverſis heredibus, cum unus idemque Actor nuſquam plures dare procuratores impediatur, & omni die pro uno reo bini vel tres occupent procuratores & advocati? Nec oblitus eſt Groenewegius hunc in Pauli reſponſo articulum adnotare, tanquam à judicio communi, & qui hoc potius quam ſubtilitates quæſitas ſequitur, uſu fori remotum. Faber ita quidem ſe rem habere putat in ipſis coheredibus & conſortibus rei ſingularis; aliud eſſe, quoties de priori hereditate, cujus particeps fuit defunctus, agitur; quia defenſio per plures ſciſſa, incommodo magno adficeret coheredes, inquit. Quamobrem Ulpianus etiam, plures heredes Rei neceſſe habere ſcribit, unum dare Procuratorem, in *l. 5 §. ult. Judic. ſolv.* Exiſtimo, non eam eſſe mentem Pauli & Ulpiani, non eſſe fas heredibus, ſingulos dare Procuratores; ſed hoc mihi velle videntur, cauſæ continentiam non eſſe dividendam, quod fieret, ſi diverſi procuratores diverſis utantur defenſionibus; quod reverâ pareret confuſionem. Et cum nihil ſit promtius, quam per unum procuratorem unitatem inſtantiæ conſervare, quas diverſi multiplicare ſolent, Juriſconſulti generaliter inculcantes unitatem illam, unius procuratoris meminerunt; Quominus alioqui heredes ſinguli dent ſingulos Procuratores, qui omnes in unam inſtantiam ſe conjungant, & unius vice fungantur, non credo Paulum vel Ulpianum in animo habuiſſe, quo prohiberent. Id enim verè ab uſu judicioque communi remotum videretur.

Ulpianus Lib. xx. ad Edict.

Si debitor, communis prædii partem pignori dedit, & à domino alterius partis provocatus creditor ejus, ab alio creditore alterius debitoris licendo ſuperavit, & debitor ejus, cui res fuit adjudicata, velit partem ſuam prædii recipere, ſoluto eo quod ipſe debuit; eleganter dicitur, non eſſe audiendum, niſi & eam partem paratus ſit recipere, quam creditor per adjudicationem emit. Nam etſi partem vendideris rei, & prius quam traderes emptori, Communi dividundo judicio provocatus fueris, aliaque pars tibi adjudicata ſit, conſequenter dicitur, ex empto agi non poſſe, niſi totam rem ſuſcipere fueris paratus, quia hæc pars beneficio alterius venditori acceſſit. Quin imo etiam ex vendito poſſe conveniri emptorem, ut recipiat totum; ſolummodo illud ſpectandum erit, num forte fraus aliqua venditoris intervenit. Sed & ſi diſtracta parte ceſſerit, victus licitatione Venditor, æque pretium ut reſtituat, ex empto tenebitur. Hæc eadem in mandato cæteriſque hujus generis Judiciis ſervantur l. 7. §. ult. Commun. divid.

1. Pri-

1. Primam partem hujus Textus, quam Ulpianus ait, eleganter eſſe definitam, non modo nullius elegantiæ, ſed etiam notabilis injuſtitiæ eſſe judicat Autumnus eique Belga Cenſor adſentitur. Species hæc eſt; Tu mihi pignori dediſti partem fundi dimidiam, pro reditu mille aureorum. Titius, qui dominus erat alterius partis, vel ejus Creditores alteram partem eodem jure pignoris poſſidentes, me utili judicio communi dividundo convenerunt; & cum dividi commode non poſſet fundus, placuit, eum plus licitanti totum addici. Sic mihi plus offerenti adjudicatus eſt. Tu deinde mille aureos à me tibi creditos iterum offers, ut partem fundi, quam mihi pignori dederas, recuperes. Ego luitionem tuæ partis nego, niſi & alteram accipias. Hoc tibi commodum non eſt: Ais, iniquum eſſe, tibi reſtitutionem Pignoris, oblato quod ſolutum eſt, negari, propter id quod ſine tuo facto accidit, ut ego pluris licitando partem alteram conſequerer, cujus pretium quia reſtituere non potes, ideo non eſſe te jure tuo privandum; inprimis in cauſa pignoris, cujus Luitio præ cæteris in Jure ſavorabilis eſt, nec uſquam Leges indulgentius agunt, quam cum debitore pignoris luendi gratiâ, quaſi quod mercantur homines à fortunâ coarctati. Nec talem creditor efficere debet rem pignoratam, ut gravis ſit debitori ad recuperandum, ait idem Ulpianus in *l. 25. d. Pignor. act.* Autumnus ex Cicerone aliiſque iniquitatem rei exaggerat, à cupiditate creditoris, qui id agat, ut totum agrum ſuum facere poſſit, aliaque de periculo colluſionis; quæ facile redarguuntur, exceptione, quam Ulpianus in *loco ſuprà ſcripto* adiicit, his verbis, *ſolum illud ſpectandum erit, num forte fraus aliqua venditoris intervenit*. Deciſio, quam tradit, hac hypotheſi nititur; quod nulla fraus à venditore, vel à creditore, vel colluſione utriuſque commiſſa fuerit. Enimvero fatendum eſt, etſi nulla fraus ſubſit, haud tamen abs re eſſe, quod Autumnus ait *benignius eſſe Communi Dividundo agere cum debitore*, ut is ſuum recipiat, & creditor, quod emit, retineat: Aut potius, cum Creditor ad diviſionem provocabatur, hoc debitori denuntiare debuiſſet *l. 10. C. de Pignor.* ut ipſe tanquam dominus intereſſet diviſioni, quo ſe licitando, inferiorem teneret, acceptâque pro ſuâ pecuniâ, ſe debito ſuo liberaret, aut ſuperando, ſibi ſucceſſum imputaret: Jam vero Creditor ſuo periculo & arbitratu licitatus eſt; cujus exitum debitori obtrudere velle, duriſſimum & inhumanum eſt; maxime, ſi creditor carius eſt licitatus, aut pretia rerum ſoli deinceps imminuta ſint notabiliter, ut fit. Hæc à Cenſoribus dicta ſunt, aut dici potuerunt, ab æquitate minime devia, quod primo aliquis intuitu putet.

2. Sed videamus, an non hujus cenſuræ ratio ſubruatur, ex hac doctrina; Creditores, qui fundos cum aliis communes jure pignoris poſſident, tenentur utili actione Communi dividundo *hac l. 7. § 6.* non tenentur autem, ut videtur, ad denuntiandum debitoribus quo adſiſtant diviſioni, quia nuſquam id exigitur; Nam *lex 10. C. de Pignor.* agit de venditione voluntaria: Sed debitor fundum pignori dans ejuſque poſſeſſionem creditori cedens, hunc videtur facere procuratorem ſuum, in caſum ſi ad diviſionem provocetur *l. 29. ſub. fin. ſuprà Fam. erciſc.* ubi, *quod creditor agit in iſta adjudicatione per arbitrum, pro eo habendum eſt, ac ſi debitor per procuratorem egiſſet.* Adducto igitur ad neceſſitatem diviſionis creditore, Judex ita comperit; Agrum dividi non poſſe utiliter, Adjudicandum

Digitized by Google

eſſe alterutri totum, qui conſorti in pecuniam, quanti ſit pars æqua fundi, condemnetur. Idque per modum licitationis; Hanc igitur Creditor recuſare non poteſt; ſi licitatione ſe vinci patiatur, ut alter habeat totum fundum, debitor ſuâ parte penitus excideret, nec eum unquam redimere poſſet; quod forte majoris in ſuam rem præjudicii eſſe putaret. Æquo pretio licendo, jus ſui debitoris integrum ſervat, ut qui nec aliter ipſemet conſulere potuiſſet: hoc ſaltem cavetur, primo, ne quid doli vel colluſionis ſubſit; & ſecundo, ne cupidius, vel ut Paulus in *d. l.* 29. nimis animoſe licitatus ſit creditor, cujus rei, perinde ac ſi mandatarius fuiſſet, curæ exactiſſimæ ratio habebitur *d. l.* 29. His adjungatur Juris poſitio, quod nemo invitus in communione manere, vel ei ſe illigare cogitur *l.* 26. §. 4. *d. Condict. Indeb.* & quod Communio, ut mater diſcordiæ ſummopere vitanda ſit *l. cum pater* 77. §. *dulciſſimis* 20. *d. Legat.* 2. item, quod ad quemque dominum, conditio & periculum rei ſuæ pertineat. Nemo in animum inducet, opinor, eâ re debitori injuriam fieri; quod creditor expleta bona fide contractus, ad reſtituendum pignus, ſoluto debito, paratus eſt; modo non ipſe cogatur in communione manere, propter officium debitori præſtitum in judicio familiæ erciſcundæ, ſine ulla ſua culpa & ſine voluntate ſuâ, neceſſitate adjudicationis ſubactus. Nam ſi emiſſet potius quam judicis arbitrio paruiſſet, eodem jure non poſſet uti, quod Paulus in *d. l.* 29. non diſſimulat; Cum quâ confer ſis, ejuſdem Ulpiani, cujus eſt hic locus cenſuræ ſubjectus, reſponſum in *l.* 49. *Comm. Divid.* ubi ſollicite expendit, an is, qui in diviſione rerum aliquid commiſit, & præſtitit, quod à conſortibus ſibi rurſus præſtari velit, ad hoc neceſſitate juris faciendum compulſus fuerit, an ſecus.

3. Cenſurâ hoc modo, quod ſatis eſt, amotâ; ſupereſt nobis obſervatio notabilis, quæ quam latè pateat, docet hic textus, exemplo venditionis & omnium bonæ fidei judiciorum; ut, qui tenetur ad rem alicui pro parte tradendam, ſi interim pars altera per officium judicis illi in diviſione obvenerit, is qui partem petit, rem totam recipere cogatur, quod etiam de venditione traditur in *l.* 13. §. 17. *de Action. empt.*

Pomponius lib. XIII. ad Sabinum.

Si is, cum quo fundum communem habes ad delictum (delectum) non reſponderit & ob id motu judicis, villa diruta eſt, aut arbuſta ſucciſa ſunt, præſtabitur tibi detrimentum judicio communi dividundo. Quicquid enim culpa ſocii amiſſum eſt, eo judicio continetur l. 20. *Comm. divid.*

1. Hunc locum Autumnus notat in Cenſ. Gal. *ad l.* 25. §. 4. *Locati*, his verbis: Iniqua eſt *Lex* 20. *Comm. Divid.* Si is, cum quo fundum communem habes ſit ita contumax, ut ob id motu judicis vel indignatione villa diruta, vel arbuſta ſucciſa ſint, *præſtabitur tibi*, inquit Pomponius, *detrimentum judicio communi dividundo.* Hoc iniquum eſſe ante me animadvertit Zœſius, inquit, Comment. *ad hunc* §. *n. ult.* Hæc Autumnus. Aliis diſplicet mos pravus apud Romanos, ob

ob contumaciam prædia devaſtandi, ut *hic Brunnem.* Quod ad primum attinet, non video querendi cauſam dari ſocio, qui contumaciâ ſuâ judicem provocavit ad violentam executionem in fundum communem. Magis iniquum videri potuiſſet, ſi innocens ſocius hoc damnum pati cogeretur, nec adverſus culpæ & contumaciæ cladiſque reum haberet regreſſum. Dabitur hac de re commodior & juſtior agendi locus ad *l.* 25. §. 4. *Locati*, ubi ſedes hujus Quæſiti. Quod ad modum exequendi violentiorem, fatendum eſt, ejus apud Romanos extare paſſim veſtigia. De hac ipſa ad delectum militarem contumacia locum monſtrat Cujacius ex Dionyſio Halicarn. *lib.* 8. *his Verbis.* Τὸν στρατιωτικὸν ἐποίουν κατάλογον, καὶ τοὺς οὐχ ὑπακούοντας τοῖς νόμοις εἰς χρήματα ἐζημίουν. Ὅσοις μὲν χωρία ὑπῆρχον, ἐκκόπτοντες ταῦτα, καὶ τὰς αὐλὰς καθαιροῦντες. *Delectum habebant, & eos, qui legibus non obedirent pecuniis mulctabant; Quibus autem agri erant, hos devaſtabant, & prætoria deſtruebant.* Cæſar etiam Prætor in pignoribus à Vettio capiendis ſupellectilem ejus diripuiſſe dicitur, apud Sveton. *in vit.* & Cicero in *Philipp.* 1. de Marci Antonii Conſulis injuriâ queritur, cum eſſe minatum, ſe cum fabris domum Ciceronis eſſe venturum; quaſi ad illam demoliendam executionis causâ, quod Cicero in Senatum non veniſſet. Adde *l.* 12. *in pr. d. peric. & comm. rei vend.* ubi Ædilis lectos in viâ publicâ inventos concidiſſe dicitur. Non opus eſt nobis hunc morem defendere, quia Pomponius illum non laudat, ſed uſu veniſſe refert ſimpliciter.

Papinianus Lib. VII. Quæſtion.

Sabinus in re communi neminem dominorum jure facere quicquam, invito altero poſſe. Unde manifeſtum eſt, prohibendi jus eſſe: In re enim pari, potiorem cauſam eſſe prohibentis, conſtat. Sed & ſi in communi prohiberi ſocius à ſocio, ne quod faciat, poteſt, ut tamen factum opus tollat, cogi non poteſt, ſi cum prohibere poterat, hoc prætermiſit l. 28. *Comm. div.*

1. Non immerito diſcordiarum mater habetur Communio, quemadmodum *ad locum præcedentem* vidimus; Sed quod Leges hoc incommodum fovent & magis implicant ſocios incommodis mutuis & intolerandis, mirum videtur, & peſſimi uſus cauſam præbet: Dum ſingulis rem communem habentibus, ſe reliquis objiciendi tranſverſos, & quicquid illi ex uſu communi parant, impediendi facultatem adſcribunt: Nec quidem implorandi judicis officium cæteris copiam facere videntur, adverſus unius è ſociis diſſenſum, qui numero ſe vinci non patiatur; ut quod reliqui ex uſu communi decernunt ac inſtituunt, in effectum deducatur. Hoc enim in collegiis quidem & Univerſitatibus obtinet, ut minor pars majoris voluntatem ſequi cogatur *l. Quod major* 16. *Quod cujuſque univerſ. nom.* In rebus ſimpliciter communibus non obſervatur *hac l.* 28. Unde non poteſt dici, quantæ frequenter in uſu rerum communium, quarum diviſio difficilis eſt, oriantur confuſiones & tranſverſaria; quæ tantum non juris auctoritate donantur, imo juris eſſe dicuntur in *hoc textu*, quibus avertendis fruſtra judicis auctoritatem implores; cum unus ex omnibus, jus habere dicatur prohibendi, quod reliqui cupiunt & prudenter conſulunt; Jus enim prohibentis eſt potius, ut ait Papinianus *hic.* 2. Vix

Digitized by Google

2. Vix eſt ut placere poſſit, quod Ant. Faber *in Rational. hic* adfert, Inventum hoc eſſe rixis & contentionibus evitandis, quæ ſcilicet ex eo, quod novi aliquid in re communi paratur, non eo, quod res manet in priore ſtatu, oriantur: Is autem qui prohibet alios, id agit, ut res maneat in ſtatu, in quo fuit; reliqui ad nova properant. Hoc enim ex iis eſt: quæ ſpeciem potius quam ſolidam rationem habent. Quippe multa quotidie in re communi evenire poſſunt, quæ novum conſilium majoris utilitatis cauſâ requirunt, nec ab uno impediri æquum & bonum eſt, quemadmodum, ſi cui in mentem veniat, per hujus legis rationem fieri poſſe videtur.

3. Sed Faber idem ad *h. l. & l. ſi ædes pr. h. t.* ſolutionem habet expeditam. Quod enim ſocii negantur, uno diſſentiente, quicquam in re communi facere poſſe, id ita accipit; quod reliqui ſuâ auctoritate propriâ id impedire non poſſint, ne rixarum & majoris tumultus occaſio detur *l. non eſt ſingulis* 176. *d. R. I.* Verum per prætorem ſcilicet omnino eſſe facultatem adigendi alterum, ut patiatur in re communi nos facere quod æquum eſt. Quod ſi verum ſit, nihil eſt difficultatis. Sed mihi quidem verum non videtur, quia per Prætorem nemo efficere poteſt, quod jus faciendi non habet, nec alteri jure prohiberi poteſt, quod ille jure facit. Atqui juris ita eſſe traditur, ut in re communi nemo dominorum ſocio invito quicquam facere poſſit, verum potior ſit cauſa prohibentis, hac *l.* 28. quod abſude lex adfirmaret, ſi judex aliud injungere poſſet; nec aliter hanc rem Accurſius, Mornacius aliique Interpretes accipiunt, quam quod judicis officium debeat eſſe contentum præſcripto Legis; imo regulam hujus loci ampliant illi, ut procedat, etſi quod reliqui volunt, in melius tendat; etſi conſentientes numero quoque longè plures ſint; unum tamen omnes prohibere poſſe, quemadmodum multâ probat auctoritate Brunnemannus ad *h. l.* 28. Tamen etſi Fabri interpretationem probat Sandius in *lib.* 3. *tit.* 8. *def.* 1. ad firmandam deciſionem Curiæ Supremæ, quæ tamen, an hujus ope ſententiæ indigeat, eſt cur dubitemus, ut mox videbimus.

4. Sed alia videtur eſſe ratio molliendi duritiem hujus juris, ab exceptionum multitudine, quibus ſocius aut ſocii (numeri enim non intereſt) invito, invitiſve ſociis, aliquid in re communi facere poſſint, quos enumerat Accurſius quinque: Nos unum probamus; ſi quis in re communi facere velit hoc, ad quod res ſuâ naturâ vel præviâ partium diſtinatione, facta, comparata eſt. Hinc parietes communes ab uno poſſunt incruſtari *l.* 13. §. 1. *d. Servit. urb.* Ædes communes ruinoſæ refici *l.* 32. *l.* 41. *d. Damn. inf.* Etenim illa mihi non tam videtur eſſe exceptio quam explicatio regulæ; quemadmodum nec illa proprie eſt exceptio à regula Communionis; qua dicimus, ob publicam utilitatem alterum, altero ſocio invito, aliquid in re communi facere poſſe. Nam & quiſque dominus in re ſuâ cedere debet utilitati publicæ, juxta Reſcriptum Antonini, in §. *ult. I. de His qui ſui vel al. jur.* quo refertur, quod in agro communi ſocius, invito ſocio, ſepeliri poteſt *l.* 43. *verb. Propter publicam utilitatem. d. Relig.* quod de extraneis tamen non licet *l.* 41. *eod.* eoque referendam puto ſpeciem deciſionis in Suprema Friſiorum Curiâ, factæ apud Sandium *d. lib.* 3. *tit.* 8. ubi ſocius obtinuit, ut ſibi commune ſtagnum, invitis reliquis, ſine illorum

detri-

detrimento, exhaurire & in agrum elaborare liceret, in rem tamen communem accolarum, quippe cum hæc res ad utilitatem viciniorum maxime pertineat; etiam verò maximè ad utilitatem publicam, qua ratione ſi contentus fuiſſet Sandius, ut in illâ ſpecie contentus eſſe poterat, nihil opus fuiſſet confugere ad auctoritatem & rationem Fabri ſuperius refutatam. Cæteras exceptiones in textibus allegatis non reperio, neque rationi, quæ unumquemque facit liberum ſuæ rei arbitrum & moderatorem, neque jus & facultatem unius per alterius arbitrium aut incommodum minuit, conſentaneas exiſtimo. Tollendo autem incommodo, quod Cenſura & experientia in uſu hujus regulæ obſervat, facit diviſionis facultas, cujus omnigenas rationes iniri Leges permittunt, atque in hoc officium Judicis inſtruunt Leges, hoc *tit. paſſim & in l. 34. §. ne autem 2. C. de Donat.* Poſtremo, etſi in univerſum Fabri ſententia admitti non poteſt; ſcil: hanc regulam nihil aliud velle, quam quod ſocii prohibitio non privata auctoritate, ſed per judicem refutari poſſit; id tamen haud gravate conceſſerim; Ex eo, quod Judicis Officio in univerſum continetur, videre, ne malitiis indulgeatur *l. 38. d. R. V.* videri ſocios, Implorato Judicis officio, ſi res commodam non recipiat diviſionem, importunam ſocii perverſamque prohibitionem, vexandi magis quam juris exercendi causa inſtitutam, poſſe cohibere & ſubigere ad juſtam rationem: Hoc admiſſo temperamento, ſi quid incommodi reſtat ex hac regula: dicendum videtur, non tam juri, quam rei, naturæque negotii id eſſe imputandum.

Ulpianus lib. xxiv. ad Edict.

Præterea in hac actione notandum eſt, quod reus contumax, per in litem jusjurandum Petitoris, damnari poſſit, judice quantitatem taxante l. 3 §. 2. Ad Exhibend.

1. Antonius Faber *in Rational. hic.* pronuntiat, hunc locum eſſe corruptum à Triboniano, qui addiderit hæc verba; *Judice quantitatem taxante.* Qua de re cum aliquid dictum ſit ad *l. 68. d. R. V.* & rurſus loco ſuo dicendum ſuperſit ad *. 4. infra de in litem Jur.* tantiſper hujus cenſuræ examen differemus.

Ulpianus eod. Lib. xxiv. ad Edict.

Glans ex arbore tuâ in fundum meum incidit, eam ego immiſſo pecore, depaſco, quâ actione poſſum teneri? Pomponius ſcribit, competere actionem ad exhibendum, ſi dolo pecudem immiſi, ut glandem comederet Nam etſi glans extaret, nec patiaris me tollere, ad exhibendum teneberis, quemadmodum ſi materiam meam delatam in agrum ſuum quis auferre non pateretur. Et placet nobis Pomponii ſententia, ſive glans extet, ſive conſumpta ſit. l. 9. §. 1. Ad Exhibend.

1. Non modò Juris imperitos, ſed etiam in fori periſtyliis ambulantes, imo in receſſu præſidentes, in hunc textum ringi, vel abſurditatem ejus nudis dentibus

inriſiſſe comperi. Quid enim abſurdius, quam ad Exhibendum agi, de glandibus à ſuillo grege pridem comeſtis, ut hic Ulpianus ex Pomponii ſententia philoſophatur? Quid eſt τὸ ἀδυνάτον ἰέχειν aut magis ἄτοπον, uſu judicioque ineptum, quam quod fieri non poteſt, exigere & inculcare? Obvia ſcilicet reſponſio eſt, dolum pro poſſeſſione haberi *l.* 131. *l.* 150. *d. R. I.* neminem ſe obligatione, ſuo facto eximere poſſe *l.* 91. §. 4. *d. V. O.* Dominum Suilli gregis dolo conſumpſiſſe glandes: Videat igitur, quo pacto illas reſtituat; damnandus eſt. Sed, inquam, intelligamus id ſano ſenſu, ut in effectu dolum ſuum, qui poſſidere deſiit, luere debeat: Actio tamen inſtituatur, quæ ſanis hominibus & rei naturæ conveniat, nec ineptiamus, ut glandes à ſuibus commeſtas exhiberi nobis petamus; Per dolum, vel ſine dolo in eventu præſtandi quid intereſt? Quid refert ad exhibitionis actum? Quis enim hunc, gnarus conſumptionis glandium, ſine riſu ab eo qui dominus glandium fuit, flagitari intelligat? Quis Prætor has ineptias ferat, in tribunali ſedens, ut petitorem audiat narrantem, Vicinum in ſylvam ſuam immiſiſſe pecudes; ab his conſumptas eſſe glandes ſuas, petere ut vicinus damnetur ad exhibendas glandes comeſtas. Stultior quam de aſini umbra lis fuerit: Idque in Juriſprudentiâ, quæ eſt ars omnium, ſenſu maximè ſubnixa communi: Quanto civilius Imperatores Diocletianus & Maximinianus; *Exhibitionis neceſſitate tenetur*, ajunt, *qui facultatem habens, culpam vel dolum in explendo præcepto, committit. Si facultas deſit, ut ad exhibendum agi non poſſit, in factum tamen actio contra eum detur l. 7. C. Ad Exhibendum.*

4. Occupandæ reſponſioni faciet, quod in supremâ Friſiorum Curia uſu veniſſe meminimus; Cum matrona quædam hereditatem Agnatæ ſuæ, non ignara, ſororem ejus & heredem abeſſe in Hannonia, invaſiſſet, reſque mobiles auctione publicâ diſtraxiſſet, ut res per mille manus eſſent diſſipatæ, Soror defunctæ poſtmodum egit adverſus illam, ad hoc, ut condemnaretur, hæreditatem in priorem ſtatum reſtituere: Quod cum ejuſmodi eſſet, ut nullo modo fieri poſſe conſtaret, Advocatus, qui ſic concluſerat, à quibuſdam irridebatur; ſed Curia nihil abſurdi invenit in condemnatione ſecundum illam concluſionem, quemadmodum nec ſenatus Romanus ab re alienum putavit, cum qui hereditatem dolo malo poſſidere deſierat, perinde jure comdemnari quaſi adhuc poſſideret *l.* 20. §. 6. *de Heredit. pet.* Quod in hereditate rebuſque diſtractis & reſtituendi facultatem nullam habentibus non reprehenditur, id in glandibus conſumtis, propter ſues, abſurdum videri non debet. Nam etſi comeſtio ſuilla videtur augere abſurditatem in glandibus, fundamentum tamen Cenſuræ, in impoſſibilitate exhibitionis quæ poſtulari poſſe dicitur, conſiſtit; quæ impoſſibilitas æque in rebus hereditariis mobilibus auctione publica pridem diſtractis, quam in glandibus comeſtis habet locum. Si tamen inſtes, cur non potius in factum detur actio, civiliore verborum formâ, quàm ad Exhibendum ſicut in *d. l.* 7. *C. h. t.* reſpondebo, In *d. l.* 7. rem fuiſſe exhibitam, ſed deteriorem: Exhibitione factâ, non poterat ad Exhibendum agi, ſed in factum ſola ſupererat, quæ eſt ſuppletoria ad Exhibendum *l.* 3. §. 14. *l* 9. §. 4. *h.* Rurſus, quid intereſt, in factum agatur, an ad exhibendum, inquies; cum utique in hac ipſa ad exhibendum actione, rem in ejus quod intereſt ſolutione deſinere oporteat. Sed intereſt aliquid; in hac

Actio-

Actione, cum reſtitutio, ad quam reus eſt condemnatus, non fit ipſius dolo, in litem jurabitur; quod in infinitum, ſalvâ licet taxatione judicis, concipi poteſt, *l.* 3. §. 2. *h. t. l.* 14. §. 2. *l.* 5. *in. pr. d. In lit. Jur.* quod de actionibus in factum haud perinde memoriæ proditum eſt. Quid eſt autem quod Ulpianus idem qui hic loquitur, *l.* 14. §. *ult. d. Præſcr. verb.* probat Ariſtonis ſententiam, exiſtimantis, nullam, niſi in factum actionem, in hac ipſa Facti ſpecie dari? Dicendum illic removeri actiones ex lege XII. tabularum de paſtu pecoris, de pauperie & Legis Aquiliæ. principales & originarias actiones, non acceſſoriam ad Exhibendum; utique non in caſu *doli*, per quem unicè fit locus actioni ad Exhibendum & ſine quo neutiquam ad Exhibendum agi poteſt *h. l.* 9. §. 1: Doli autem in *d. l.* 14. § *ult.* nulla fit mentio, ſed immiſſas puta ſues, ab ignorante glandes in ſylvâ jacere; vel exiſtimante, dominum illas neglexiſſe, nec ægrè laturum, eas, à vicini pecudibus, alioqui corrumpendas, conſumi. Sic vere ad exhibendum agi nequit; In factum unicè agendum fuit.

Paulus Lib. XXVI. ad Edict.

Si quis ex uvis meis muſtum fecerit, vel ex olivis oleum, vel ex lana veſtimenta, cum ſciret hæc aliena eſſe; utriuſque nomine ad Exhibendum actione tenebitur: quia quod ex re noſtrâ fit, noſtrum eſſe verius eſt l. 12. §. 3. *Ad Exhibend.*

1. De vi ſpecificationis & Dominio per eam tranſmutando ſatis conſtat, tres fuiſſe Veterum ſententias. Una Sabinianorum erat, qui ſpeciem ejus eſſe credidere, cujus fuiſſet materia. Altera Proculejanorum; jus dominii eſſe penes eum, qui ſpeciem feciſſet. Tertia Erciſcundorum, ſive Conciliatorum, qui diſtinguebant, utrum ſpecies in ſua redigi poſſet initia; an ſecus: ſi prius, dominium ſpeciei, prævalente materiâ, ad hujus pertinere dominum: Si ad rude initium reduci nequeat, potentiâ materiæ victâ, dominium ſpeciei ad auctorem formæ ſpectare. Bona vel mala fides, ſcientia an ignorantia, cujus fuiſſet materia, nihilo magis ad rem pertinebat, quam in Acceſſione, Commixtione, bonæ vel malæ fidei differentia tetigit meritum quæſtionis de Dominio, nihilque certius eſt, quam id à veterum hac parte diſputationibus eſſe alieniſſimum, ut in Prælect. *ad* §. 25. *Inſt. de A. R. D.* demonſtravimus, & Antonius Faber *ad h. L.* bene probat, ac idem quod pro rei certiſſimæ argumento habere licet, Bachovius. Verum in hoc unico Textu contra ſcriptum videri, multoſque in errorem inde fuiſſe abreptos, Faber idem non dubitat, Ideoque Fabrum Inſtitutorem aliquando probaturum pollicetur; eliminanda eſſe hæc verba *cum ſciret hæc aliena eſſe* tanquam ſpuria gloſſæ. *Nec enim prudentes, veteres* ait, *unquam in hac quæſtione diſtinxerunt, an bona vel mala fide quis ex alienis uvis fecerit &c.* Cenſet igitur, Paulum, qui Sabinianus fuit, hic adſeruiſſe materiæ prævalentiam univerſalem, quod ultima textus verba loquantur; *quia quod ex re noſtra fit, noſtrum eſſe verius eſt:* Quâ in re Triboniani culpanda ſit incuria compilatoris: Cui tamen idem gloſſam non imputat; Cum Erciſcundorum ſententiam Juſtiniano ſuo dictaverit. in *d.* §. 25. *Inſt. de A. R. D.*

Digitized by Google

2. Sed hæc Fabri Cenſura gravior eſt, quam vellem; primo quia lectio Florentina ſic notabiliter mendoſa ſit; Graviorem facit peccati Tribonianæi, quem habemus Artis auctorem, demonſtratio. Quid ergo? Dicam, quid ego ſolitus ſim reſpondere. Deciſionem hujus Loci, non eſſe aliam, quam hanc; Actionem ad exhibendum dari adverſus eum, qui vinum ex alienis uvis *dolo malo* expreſſit. Dolum eſſe pro poſſeſſione, quâ de re modò egimus. Convenitur ad Exhibendum is qui vinum oleumve expreſſit, qui veſtem fecit, ad Exhibendum uvas, olivas, lanam. Ita ſcilicet, ut ſupra ad exhibendas glandes, non ad ipſum vinum; oleum, veſtes: Nam qui dolo fecit, ne quod antea poſſedit, amplius exſteret, is ita, ut diximus, tenetur, ad exhibendum id, quod in cauſa fuit quominus poſſideret, ut paſſim in *hoc tit.* Qui ſervum occidit, vel dolo malo ita corrupit, ut haberi non poſſit, ad exhibendum nihilominus tenetur, eo dem eventu, quo diximus ad textum *antecedentem l. 9. in pr. h. t.* Non agit hic Paulus de Dominio, ſed de Exhibendo duntaxat. Verum eſt, ultima verba, plus continere; Sed à rationibus Legum, non eſſe tutum, ultra poſitiones & ſententias, quibus applicantur, argumentari, jam pridem conſtat, & ſæpe animadverſum eſt. Exemplum pete ſis ex *l. 25. §. 1. d. Uſur.* ubi poſitio eſt; Poſſeſſorem b. f. fructus etiam à præcedenti poſſeſſore ſatôs, facere ſuos; Ratio redditur; quia bonæ fidei poſſeſſor in fructibus acquirendis Domini jus habet. Recte, ut intelligas, cur, ubi præcipua pars curæ & culturæ, eſt ratio acquirendi fructus ex alieno agro, ceſſat, acquiſitio tamen procedat, minime vero, ut inde colligas, bonæ fidei poſſeſſorem habere jus omne domini, in fructibus acquirendis. Aliud exemplum; *Alius alii ſtipulari non poteſt*, quia non intereſt ſtipulantis §. 19. *I. de Inutil. ſtipul.* Hinc Grotius Juri etiam Romano adſcribit hanc ſententiam; *Nemo ſibi ſtipulari poteſt, ut alii detur*, quia ſtipulantis non magis intereſt, quàm in priore ſtipulandi formâ. Sed negatur, hanc eſſe poſitionem Juris Romani; *Nemo ſibi ſtipulari poteſt, ut alii detur*: nec illam è ſola ratione prioris ſententiæ, licet inferre in Artem Juris, Auctoribus ejus incognitam, ut videbimus ad *l. 9. §. 4. d. Reb. Cred.* Quod ſi cui hæc reſponſio ſubtilior, & Fabri Cenſura durior videatur, poſtulare non debet; ut hujus loci prætextu, concedamus in opinionem à veteri Juriſprudentiâ alienam eique repugnantem; ut differentiam malæ bonæque fidei, plus quam in Acceſſione vel Confuſione, in quibus dominii cauſam non pendere à bona vel mala fide: conſtat ex §. 26. *&. ſeq. de A. R. D.* Vel ut amplius quam ad repetitionem impenſarum quæ malæ fidei Poſſeſſoribus etiam permittitur *l. 38. d. Hered. petit*, operari ſtatuamus. Quicquid ad hanc Quæſtionem pertinet, excutere, quod jam pridem factum, in *prælect ad §. 25. Inſt. de A. R. D.* hujus inſtituti, & noſtræ conſuetudinis ratio non patitur: Eunomiæ hac parte ſatis factum videtur.

Ulpi-

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM XI.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

RUBRICA

DE

Interrogationibus in Jure faciendis & Interrogatoriis Actionibus.

Calliſtratus Lib. 2. Edicti Monitorii.

I*Nterrogatoriis actionibus hodie non utimur, quia nemo cogitur ante judicium, de ſuo jure aliquid reſpondere: Ideoque minus frequentantur & in deſuetudinem abierunt l. 1. §. 1. d. Interrog. injur. fac.*

1. Duarenus in *lib. 1. Diſput. Anniverſ. c. 43. in fin.* Doctiſſimos quoſque turbavit, *inquit*, quod per totum tractatum de Interrogationibus in Jure faciendis, mentio fit actionis Interrogatoriæ, Edictumque Prætoris de eâ actione propoſitum interpretantur Juris Conſulti, perinde ac ſi ſublata non eſſet; *hactenus Duarenus*; Cum tamen interrogatorias actiones in uſu non eſſe, Calliſtratus reſponderit, addit D. Wiſſembachius *Emblem. Tribon. ad h. t.* Hæc profecto non cohærent; & paulo minus quam contradictoria videntur; Rubricam de *Interrogatoriis Actionibus* proponere, deque iis agere per omne *Nigrum*, & ſimul fateri, illas *abiiſſe in deſuetudinem*, ut Calliſtratus hic loquitur. Enimvero Duarenus hæc ita conciliat; Quod actiones Interrogatoriæ, tempore Calliſtrati minus quidem frequentatæ fint, haud tamen omnino in uſu eſſe deſierint. Sed Wiſſembachius noſter actiones interrogatorias, ætate Calliſtrati, nondum obſoletas fuiſſe arbitratur,

 alio-

alioqui Juris Auctores de illis hoc titulo non fuiſſe acturos. *Sed totum hunc §.* inquit, non *Calliſtrato, ſed Triboniano, jura vetera ad tempus ſuum accommodanti acceptum ferendum, Hottomannus in Verrinarum Commentariis, primus obſervavit. Vind. eund. in Epit. Dig. h. t. n.* 12. Non eſſe criminis loco imputandum Triboniano, quod Jus vetus aliquando ſui temporis mutatæ rationi & obſervantiæ accommodaverit, aliquoties demonſtravimus: Sub hac cautione tamen, ſi nihil inde confuſionis in Artem Juris inveheretur: quod ab hoc quidem ſpecimine nullo modo abeſſe poſſet, ſi vera fuerit D. Wiſſembachii cenſura; eo quod Jus obſoletum adhuc ut uſitatum recenſuiſſet, idque pariter obſoletum eſſe fateretur Juſtinianus.

2. Reſponſio ad hanc Cenſuram eſt: non abſciſſe negari de Emblemate Triboniani, de crimine verò non liquere. Quippe de actionibus Interrogatoriis nihil aut vix in hoc Titulo quicquam collocavit Tribonianus, præter hoc quod arguitur; *Eas minus frequentari, & abiiſſe in deſuetudinem.* De interrogationibus in Jure faciendis agitur ſane *in hoc Tit.* copiosè, tametſi nec ipſæ veteri modo fieri ſolitæ ſint tempore Juſtiniani. Sed in modo erat diſcrimen & in tempore; Cum enim olim fierent interrogationes in Jure, id eſt, ante litem conteſtatam, ut *infra* videbimus, deinde, poſt litem conteſtatam fieri cœperunt, non ad formulam actionis, ut olim, bene concipiendam, ſed tantummodo ad litigatores probationibus ſublevandos, ut in hac eâdem *l.* 1. §. 1. ſignificatur. Atqui in his Interrogationibus, idem fere juris eſt eademque obſervanda ſunt, quæ olim in illis, quæ in jure fiebant, ſervabatnur. Ideoque non magis in eo peccatum videtur, quam quod de Pactis & de ſtipulationibus, harumque ſolennibus requiſitis, & de tot aliis Juris capitibus in forma exoletis, in materia adhuc vigentibus, factum videmus in Pandectis, ut tractatus earum rerum adhuc in ſuis ſedibus collocetur, etſi modus & forma non amplius ita ſervantur. Hoc ſolummodo manet incongruum, quod mutatio, quæ accidit in modo formaque, tribuitur Calliſtrato, quæ referenda videtur ad tempora Juſtiniani. Quamquam ecquando evenerit hæc mutatio, nemo facile dixerit, nec, an non tempore Calliſtrati Interrogationes ante Judicium acceptum ab adverſariis exactæ, & actiones in illis Interrogatoriæ deſierint eſſe in uſu, ut putat *Duarenus*. Si enim hoc ſit emblema Triboniani, oportet integer ille verſus ad finem uſque, ſit ab ejuſdem manu; quod è ſtylo, è quo plerumque Tribonianus arguitur, vix animadvertas. Sed ego de notâ Emblematis nolo contendere. Cenſuræ cauſa, ſi de Emblemate certa res ſit, quam in arctum redigatur, & quam pene nulla ſit, è dictis intelligi poteſt. Confer *ſis Prælect. ad. h. t. n.* 1. 2. 3.

Ulpianus Lib. xxii. ad Edictum.

Quod ait Prætor, Qui in Jure interrogatus reſponderit, *ſic accipiendum eſt; apud Magiſtratum populi Romani, vel præſidem provinciarum, vel alios judices. Jus enim eum ſolum locum eſſe, ubi juris dicendi, vel judicandi gratiâ conſiſtat; vel ſi domi, vel in itinere hoc agat l.* 4. §. 1. *d. Interrogat. in Jur. fac.*

1. Quæ

Digitized by Google

1. Quare nec hunc locum inter Emblemata Triboniani retulerit Wiſſembachius noſter, haud magis dixerim, quam cur alia non pauca omiſerit aut receſſerit. Quippe Ulpiani tempore, Jus erat locus; ubi Magiſtratus populi Romani, ſalvâ majeſtate Imperii ſui, ſalvoque more majorum jus dicebat, ut Paulus æqualis ejus docet in *l. 11. d. Juſt. & l. l. 7. §. ult d. Off. Proconſ. l. 10. cum 2. ſeqq. d. Off. Præſ.* junctâ *l. 3. §. Si quis ad pedan ſuprà. Si quis eum qui in jus voc. vi exem.* Unde Judicem pedaneum non eſſe eum, qui Jus dicat, nec quæ in Jure fiunt, hæc apud Judicem pedaneum fieri, ſed hunc voce Judicis ſimpliciter poſitâ intelligi, notiſſimum eſt *l. 3. d. Juriſd. l. 12. §. 1. d. Judic. & paſſ.* Quod igitur hic in Jure fieri dicitur id, quod non modo apud Magiſtratum populi Romani fit, ſed etiam apud alios judices, & quod jus dicere & judicare hic conjunguntur, ad tempora poſt Diocletianum & Maximianum, quibus differentia jus dicendi & judicandi, judiceſque dandi mos ſublatus eſt, reſpicere videtur: Cujus adhuc meminit Rubrica *Cod. Ne quis in ſuâ cauſâ jus dic. vel judic.* Unde non abſurdum videtur, ab Ulpiano ſcriptum fuiſſe in loco ſupra ſcripto; *In Jure, &c. ſic accipiendum eſt, apud Magiſtratum populi Romani. Jus enim ſolum locum eſſe, ubi juris dicundi gratiâ conſiſtat*, ut fere Antonius Faber *ad hunc locum.* Saltem hæc verba, *alios judices*, ab Ulpiano eſſe non videntur, ſed à manu Compilatorum. Τὸ *Præſides* enim ferri poteſt, ac etiam forte *judicandi*, quia Prætor etiam de certis cauſis judicavit *l. 1. l. 81. d. Iudic.* Hanc ſcilicet, Emendationem textus minime, ſed emblematis conjecturam eſſe volumus. Cujusmodi interpolationibus obſcuritatem Veterum ſcriptis additam fuiſſe, non poteſt negari.

2. Sed ultima verba, *vel ſi domi, vel in itinere hoc agat*, eſſe vitioſa cenſet Hotomannus 1. *Obs. 22. &. 7. obſ. 5.* & pro *vel ſi domi*, legendum eſſe putat, *non ſi domi &c.* Quam & contextus & antiqui juris ratio non facit improbabilem, ut etiam judicat D. Ant. Matthæus *Diſp. de Iudic. 7. th. 54.* etſi agmine facto, improbatur, à Cujacio ut perpetuo Hotomanni æmulo 14. *Obſ.* 11. & Rævardo *lib. ſing. pro Tribon. c.* 7. Wiſſenbachio Emblem. *ad l. 1. h. t. & Comment. ad h. t. th.* 3. & Bachovio *ad Tr. Diſp. 4. th. 1. lit. D. vol.* 1. Pro Hotomanno facit, inquam, & *contextus*, eo quod poſt verba, *ſolum locum* non bene conveniunt tria loca, ut habet vulgata; præter quod, τὸ *non*, ibi multo concinnius eſt, quam τὸ *vel* ad aures, ob repetitionem ingratam: Et *juris vetuſti* ratio, quod *Ius*, locum Publicum & ſolennem ſignificet *d. l. 11. d. Iuſt. & l.* Verum eſt, Prætorem, etiam poſſe domi vel in itinere, de plano jus dicere, ſed interrogationes, ad quas Inviti adigebantur, & è quibus ſolennes actionum formulæ erant concipiendæ, quâ de re in *Prælect. ad h. tit. à pr. & n.* 3. non erant res, quæ de plano fieri potuerint, niſi inter conſentientes, ſed Tribunal requiſiſſe videntur. Baſilici tamen legerunt, uti nunc eſt Florentiæ; Τόπος γὰρ ἐςὶ μόνος δικαςηρίου ἔνθα χάριν τοῦ δικαιοδοτῆναι ἢ δικάσαι συνίςαται, εἰ καὶ ἐν οἴκῳ ἢ ὁδῷ τοῦτο γίνεται. Locus enim judicii ſolus eſt is, ubi judicandi gratia conſiſtit, *etſi id domi vel in itinere fiat*, ajunt. Ne ſimus igitur nimis faciles in mutatione lectionis Florentinæ, cum & invicta forte neceſſitas emendationem hanc non flagitet, eſt quod maneamus, opinor, in lectione recepta; contenti Hotomanno adſeruiſſe probabilitatem cenſuræ, quam lucrari ſatius erit.

Ul-

Ulpianus eod. lib. XXIII. ad Edict.

Hæc actio perpetua eſt, non temporaria, & heredi cæteriſque ſucceſſoribus competit: in heredem non dabitur, quia pœnalis eſt l. 13. in pr. d. ſerv. Corr.

1. D. Wiſſembachius in *Comment. ad h. t. in pr. Atqui ſi mixta eſt hæc actio, ſicut eſt, l. ut tantum 14. §. 5. h. t. utique quà rei perſecutoria eſt, in heredem danda fuerat. Ego ἐπέχω.* ita Præceptor p. m. Mihi τὸ ἐπέχειν nulla videtur eſſe ratio. Cum enim ſit ex delicto, cujus ratio merè perſonalis eſt; nec convenit heredi, non poterat in heredem dari, nequidem, etſi mere fuiſſet rei perſecutoria, ut probatum à nobis eſt ad *l. 4. §. ult. d. Alienat. jud. mut. c. f.* quanto magis cum pœnam juxta rem & id quod intereſt contineat! Hactenus equidem Præceptoris noſtri inſtantiam agnoſcimus, quod ſi tranſitus actionum adverſus heredes, penderet à materia magis quam à causâ; à rei vel pœnæ perſecutione potius, quàm à perſonalitate delicti, ratio vellet, ut actiones mixtæ, duntaxat quatenus rei perſecutionem continent, in heredem darentur. Quod cum non fiat, ſed cum abſolute in heredem dari negentur; apparet, ejus rei cauſam non eſſe quærendam in illo formali, quod actio rem vel pœnam continet; tunc enim effectus etiam variare deberet, pro mixturâ principii ſui; Sed cum extra controverſiam ſit, actiones rei & pœnæ perſecutorias ex delicto, nullâ parte dari in heredes, ea res argumento eſt evidentiſſimo; Cauſam hujus rei eſſe uniformem, quod actio ſcilicet ex delicto, cujus imputatio non congruat in heredem, naſcitur. Etſi in hoc etiam loco ſit, quod ad *d. l. 4. §. ult.* jam pridem obſervatum eſt, quia delicta vix alias quàm pœnales actiones pariunt, ab eo quod plerumque ſit, αἰτιολογία, ſicut aliàs uſu venit, petitur; *in heredem non dabitur, quia pœnalis eſt.* Ubi pœnæ forte nihil irrogatur, attamen delictum ſubeſt, nec adeo in heredem actio tranſit, ibi ratio reddi ſolet, *quoniam ex delicto eſt*, ut in *d. l. 4. §. ult.* & alibi, quod in *d. loco* demonſtratum videbis. Denique, in eo, quod heic actio Prætoria pœnalis, & tamen perpetua ſit, *h. l. 13. in pr.* tu magis merito ſpeciem exceptionis obſerves, à Regula §. 1 *Inſt. de perpet. & temp. act.* ubi diximus. Et ratio exceptionis forte peti queat inde, quod olim de ſervo corrupto actum fuerit in capite ſecundo legis Aquiliæ, ut quidam probabiliter admodum conjiciunt, & nos alibi retulimus. Id enim ſi verum fuerit, habebimus cauſam perpetuitatis non diſſimilem ei, quâ Furti manifeſti actio pœnalis Prætoria, facta eſt perpetua, quia furti nec manifeſti actio, cui Prætor hanc manifeſti aggregaverat, perpetua fuerat ex Lege XII. Tabularum.

Ul-

Paulus Lib. xix. ad Edict.

De filio filiâveſamilias corruptis huic Edicto locus non eſt: quia ſervi corrupti conſtituta eſt actio, qui in patrimonio noſtro eſſet: & pauperiorem ſe factum eſſe dominus probare poteſt, dignitate & famâ domus integrâ manente: ſed utilis competit officio judicis æſtimanda; quoniam intereſt noſtra, animos liberorum noſtrorum non corrumpi l. 14. §. 1. d. Serv. corr.

1. Hic locus etiam merito in hujus inſtituti cenſum vocari poteſt, eo, quod abſurdum videatur, minorem, quam integritatis ſervorum, haberi liberorum rationem. Pertinet hæc actio ad corruptelas morum in ſervis cohibendis; de liberis in hunc uſum actio nulla datur: Etſi enim ad hoc, utiliter, ab Interpretibus Edicti, hæc actio producta eſt, id tamen non fit, niſi quatenus patrimonio damnum eſt illatum. Hæc enim ratio redditur, cur de liberis nihil edixerit Prætor, quia ſervorum corruptio ad patrimonii rationes, in quo ſervi ſunt, pertinet, ſalvâ familiæ fama & dignitate, cujus ſcilicet ſervi membra non ſunt. Atqui liberis corruptis, non manet illa domeſtica famæ dignitas, nec ipſa res & virtutis reputatio. Ergo in liberis Edicti ratio ceſſabit. Pulchra mehercle philoſophia, dicat aliquis. Imo propterea de liberis intentius quàm de ſervis cavendum fuit, quantò major famæ & integritatis domeſticæ, quam patrimonii ratio habenda ſit; Juris Conſulti autem Prætoris in eo, ſi dîs placet, defectum ſolummodo ſuppleverunt, quo Pater conſequi poſſit id quod intereſt, ratione pecuniariæ utilitatis ex eo, quod operis filii ſedulis caruit & cariturus eſt; de famâ, dignitate, virtute, nulla mentio, ut rectè Accurſius ad *hunc locum* obſervat; quod eſt ipſum juſtiſſimæ, ut videtur, cenſuræ argumentum. Sed reſpondendum eſt, eodem modo, quo rationem reddi oporteat, cur in Jure non ſint Tituli de modeſtiâ, de Temperantiâ, omnique virtutum choro, de quibus in philoſophiâ morali. Jurisprudentia docet ſuum cuique tribuere, ex officio Juſtitiæ particularis & expletricis. Cætera, quæ ad univerſalis & Adtributricis Juſtitiæ partes ſpectant, Juriſprudentia ſupponit, à Politica, vel Jure Publico univerſali, jam eſſe conſtituta & civibus inculcata, præceptis, pœnis & præmiis. Ars noſtra ſupplet ea, quæ illic exequi & complecti non potuere, circa rationes patrimoniales: Quæ verò ad hominum animos & mores pertinent, tam multos habent circuitus & difficultates, ut propria diſciplina meritò illis occupanda fuerit. Hoc igitur ad officium Legiſlatoris & Magiſtratus architectonicum, non dicæologicum pertinet, ut ingenuæ corruptores adoleſcentiæ remediis juſtis cohibeantur. Etſi parentum hanc potiſſimum oportet eſſe curam, ut liberis animum ſuum intentius quam ſervis, intra modeſtiæ virtutiſque limites omnigenæ, cuſtodiendis advertant.

Digitized by Google

Paulus Lib. xix. ad Edict.

Æſtimatio autem habetur in hac actione, quanti ſervus vilior factus ſit, quod officio Iudicis expedietur. Interdum tamen & inutilis ſit, ut non expediat talem ſervum habere: Utrum ergo & pretium cogitur dare ſollicitator & ſervum dominus lucriſaciat? An vero cogi debet dominus, reſtituere ſervum & pretium ſervi accipere? Et verius eſt, electionem domino dare; ſive ſervum detinere cupit, & damnum quanti deterior ſervus eſt, in duplum accipere, vel ſervo reſtituto, ſi copiam hujus rei habeat; pretium conſequi: Quod ſi non habeat, pretium quidem ſimili modo accipere; cedere autem ſollicitatori, periculo ejus, de domino, ſervi actionibus. Quod autem de reſtitutione hominis dicitur, tunc locum habet, cum homine vivo, agitur. Quid autem ſi manumiſſo eo agatur? Non facile apud judicem auditur, dicendo, ideo ſe manumiſiſſe, quoniam habere noluerat; ut & pretium habeat & libertum l. 14 §. 9. & 10. *d. Serv. corr.*

1. Parum commodus eſt tranſitus à §. 9. *ad* 10. quem ita concipit Ant. Faber, *Officio judicis expedietur interdum. Tamen etſi inutilis ſit &c.* Neque tamen *τὸ ſit*, pro, *eſt*, ut Baſilici accipiunt, in ſuſpenſâ & indirecta adſertione, qualis hæc, eſt inſolens, ſi quis in eo quod hoc loco ſcriptum eſt, acquieſcat. Sed Faber totum hunc §. 10. inde à verbo, *utrum*, credit eſſe adſutum à Triboniano, nec eſſe in eo quicquam Pauli; cum *quæſtio, ſi non ridicula, ſaltem otioſa ſit*, & in ridiculum deſinat, ubi monet textus, quæſtionem de reſtitutione locum habere, *cum homine Vivo agitur*, quaſi de mortuo reſtituendo agi poſſet; Orationem quoque male cohærentem & inelegantem eſſe, Paulo indignam. In Tribonianum enim faba cuditur, ſi quid minus ſpecioſum Veteribus exciderit. *Triboniani mos ille eſt*, ait, *ut non modo ſupervacuas & ineptas quæſtiones proponat, ſed etiam, ut ad eas malè reſpondeat, & ſemper per ambages & neſcio quas diſtinctiones.* Difficile & tædioſum eſt, ad omnes ejus cavillationes reſpondere; Quod ſi in eum modum omnia Juris loca in quibus aliquid deſideres, excutienda ſint, exitum nullum habebimus. Baſilici & Interpretes Græci & Latini, ſine tali indignatione ſpeciem *hujus L.* tractant; Me quidem non admodum delectat etiam genus illud orationis & diſceptationis, quod eſt in *hoc* §. 10. ſed cauſam non video, cur Tribonianus, qui jus novum quandoque veteribus adſpergit, hanc ingentem laciniam, quæ potius materiam novæ Conſtitutioni ſuppeditaſſet, ſub nomine Pauli vulgatam voluiſſet. Species hæc eſt. Actio ſervi corrupti datur in duplum ejus, quod ſervus vilior factus eſt. Habeo ſervum mihi penitus inutilem à te inſuper corruptum. Quid agam in duplum hominis nauci, cujus nulla mihi æſtimatio? Poſſum tibi dicere; ſolve pretium ſervi & abduc hominem à te corruptum; vel pete illum à Titio, qui jam eum poſſidet; ego tibi actionem cedam. Ad hoc teneris acceptandum vel ad duplum, quanti reverà ſervus ille qualiſcunque, vilior factus eſt præſtandum. Scilicet, etſi mihi ſit inutilis, aliis tamen non idem videatur; ut recte Accurſius; quod cur in ſecus urgeat Faber, qui nulli mortalium

lium ad ullam rem ſervum utilem fuiſſe ponit, ratio non apparet. Iſta electio, ſive ego poſſideam ſervum, ſeu poſſidere deſierim, mihi datur, non tamen ſi mortuus ſit, nec etiam ſi manumiſerim, quia iniquum foret, ut pretium ſervi à me ipſo manumiſſi, à te peterem. Quid abſurdi in hac ſpecie facti & deciſione ſit, Lector judicet velim. Et ſi cui vacet ratiunculas Fabri examinare, videbit eas ipſa recenſione facti occupatas. Etiam quod à Ridiculo petit è verbis, *cum homine vivo agitur*. Interpretibus Baſilicorum hoc adeo non viſum fuit abſurdum, ut etiam pluribus verbis exponendum putaverint. Verba ſubjiciam, quia ſpectant ad præcipuam Fabri objectionem. Τὸ δὲ εἰρημένον, ajunt, ὡς ὁ δεσπότης ἀποδίδωσι τὸν οἰκέτην, νόησον, ἐὰν ζῶντος αὐτοῦ κινῆται ἡ στέρησις κορ-ρυπτ. Εἰ γὰρ ἐτελεύτησεν, πῶς ἔχει τὸν τελευτήσαντα ἀποδοῦναι, *Quod autem dictum eſt, dominum reddere ſervum, intellige, ſi vivo eo, moveatur actio ſervi corrupti. Nam ſi mortuus ſit, quomodo mortuum reddere poſſet*? Hoc ipſum, dicat Faber, nonne abſurdum eſt? Imperito juris ita videatur; de Fabro non feram, ut miretur illorum admirationem, qualem refutavimus ad *l.* 9. §. 1. *ſuprà Ad Exhib.* Cum enim corruptor in dolo fuerit, non erat abſurdum, credere, quod non obſtante rei interitu, quaſi res adhuc exiſteret, teneretur ſecundum ea, quæ ad *d. l.* 9. *Ad Exhibendum*, dolum pro poſſeſſione, licet jam pridem res perierit, haberi; eum verò cujus dolo res periit, teneri & damnari ad reſtituendum, licet impoſſibilis ſit reſtitutio, demonſtravimus. Reliqua Fabri ſponte, ni fallor, evaneſcunt. Nimium acumen non eſt ad tractationem civilis prudentiæ idoneum.

Ulpianus Lib. 23. ad Edict

Prætor ait; Si quis eum, apud quem Aleâ luſum eſſe dicetur, verberaverit damnumve ei dederit, ſive quid eo tempore, dolo ejus ſubtractum eſt, judicium non dabo. In eum qui Aleæ ludendæ causâ vim intulerit, uti quæque res erit, animadvertam l. 1. in pr. de Aleator.

1. D. Wiſſenbachius *Comment. ad h. t.* poſt alios; Prætor edicit, inquit, ſe, ſi quis eum, apud quem Aleâ luſum eſſe dicetur, verberaverit, damnumve dederit, ſive quid eo tempore dolo malo ſubtraxerit, judicium non daturum *l.* 1. *h. t.* Quod non tantum eſt παράδοξον *inexpectatum*, ſed etiam παράνομον *injuſtum*. Iſto enim modo invitantur homines ad furta, damna, injurias inferendas promiſſâ delictorum impunitate, contra *l.* 1. *§. quorum D. Ad SC. Turpill. l. ita vulneratus* 51. §. 2. *D. ad L. Aquil. Verri* inter alia, hoc quoque crimini datum, quod in judicem quendam Centuripinum edixiſſet, ſi quis eum pulſaſſet, ſe judicem injuriarum non daturum *Cic. Verr.* 3. Et ut maxime ταβλοδόχοι, qui dicuntur *in Baſilicis*, id eſt, Aleatorum ſuſceptores, damnis atque injuriis digni videantur, nos tamen indigni, qui aut faciamus aut invitemus. *Hactenus verba D. Wiſſembachii.* Quibus accedit, quod aliorum delictorum fautores ita non habentur à diſciplinâ Juris Romani; ne quidem meretricum receptatores, ſi quidem in multorum honeſtorum virorum prædiis lupanaria exerceri ſcribit idem, qui eſt hujus Legis auctor, Ulpianus in *l.* 27. *in fin. d. Heredit. petit.*

Digitized by Google

2. Pomponius ad leniendam hujus indulgentiæ maleficæ invidiam putabat, Edictum Prætoris de ſolâ pœnali actione, non etiam de vindicatione vel condictione, qua ſuſceptor aleatorum res ſibi per vim & injuriam ereptas repetat, vel in id quod intereſt agat, intelligendum eſſe, *l.* 1. §. 2. *h.* quod & Weſembecius in *Paratit.* ad *h. t.* ita interpretatur, ſed male, quemadmodum notat Ulpianus *in d.* §. 2. cum Prætor ſimpliciter edicat, ſe jus non eſſe dicturum, etiam, ſi aliquid ſubtractum fuerit; ſatis inſigni in Weſembecio feſtinatæ lectionis argumento; quod tamen inter παροράματα potius, quam ἁμαρτήματα Weſembecii referendum eſſe jubet humanitas; etſi aliter in nos conſuleret quorundam criticorum inhumanitas. Quærenda igitur alia reſpondendi via: quam Ant. Faber *in Rational. hic* ita inſtituit; Dignum quidem eſſe, qui ſuſceptorem aleatorum verberavit, aut injuria damnove, dolo malo, adfecit, qui puniatur; ſed indignum eſſe hunc, qui domum ſuam ad aleæ luſum præbuit, ut actionem ei Prætor accommodet, quatenus, qui damnum ſua culpa ſentit, hoc ſentire non videtur *L. quod quis* 203. *d. R. Jur.* Et cum utriuſque turpitudo in hoc caſu verſetur, æquum eſt meliorem eſſe cauſam poſſidentis & deteriorem agentis *l. pen. d. Condict. ob turp. vel injuſt. cauſ.* Bene autem Prætor advertit, *ita pergit Faber*, Aleæ luſum melius & efficacius prohiberi non poſſe, quam ſi nemo ſit, qui apud ſe alea luſum velit. Nec melius rurſus deterreri eos, qui alioquin Aleatores apud ſe ſuſcepturi eſſent, quàm ſi viderint, contra ſe promiſſam à Prætore delinquentibus impunitatem; exemplo ejus, quod de ſervis fugitivis eorumque ſuſceptoribus ſcribunt Imperatores in *l. ſervos* 12. *C. de Agric. & Cenſit.* his verbis; *Nam cum metu damni deterritus unusquisque eum, quem incognitum habuerit, à ſe ceperit propulſare, voluntas fugiendi ſervis non erit.* Hæc Antonius Faber.

3. Sed an hæ rationes Cenſuræ Wiſſembachianæ ſatisfaciant, dubitare licet. Sufficiunt equidem ad Prætorem excuſandum, vel etiam defendendum. Verum hæc res à duobus lateribus adſpicienda eſt, à parte ταβλοδόχου, ſive Receptatoris & Aleatorum. Cur ille actionem habere non debeat, ſed à tribunali repellatur, eſt meriti ſatis in ipſius facto. Sed qui damna, furta, injurias hoſpiti ſuo fecerunt, ideo impune ſuam inſolentiam, ſua crimina ferre non debent. Proinde quod ad primam attinet rationem, non eſt quidem dignus Aleatorum receptator beneficio Legis, aut Prætoris: ſed eſt ratio illum coercendi melior, quàm impunitate furandi, rapiendi, verberandi, qua permiſſa inter aleatores & eorum hoſpites, quid aliud quam ſpeluncas latronum in Republ. conſtituimus? II. Ratio: Damnum quod quis ſua culpa ſentit, id eum ſentire non videri, locum habet ita, ſi non alterius dolo malo damnum illud evenerit. Si enim culpæ vel doli commiſſa novis delictis cumulare liceret, quæ facies Reipubl. foret? præſertim in illa fæce populi, quæ hac licentia rueret in ſe ipſam & in alios. III. ratio, In turpi utriuſque cauſa melior eſt poſſidentis conditio, habet uſum in uno eodemque negotio; veluti, cum quis dedit meretrici, non poteſt repetere, quia turpiter dedit: At ſi meretrix illum, vel ipſe meretrice n expilaverit, non eſt ſcriptum, etiam inter eos ceſſare furti actionem. Quartam rationem quis ferat? Non eſſe meliorem modum Aleæ luſum impediendi, quam

hac

hac impunitate licentiâque male mulctandi hoſpites, domos eorum diripiendi, ipſoſque verberandi. Imo utrique puniantur; Fiat juſtitia, & pereat mundus, ne pereat mundus, ut ſuum cuique tribuatur; nec aliud eſt in *l.* 12. *C. de Agric. & Cenſ.* quâ Faber uſus eſt. Ibi, ne fugitivi recipiantur, cautum eſt, ſed non impunitate novi delicti

4. Quid igitur ad Cenſuram? Mihi ſemper ita viſum eſt: Prætorem quidem in Edicto ſuo noluiſſe polliceri jurisdictionis ſuæ officium inter Aleatores eorumque receptatores, ſed eos aversâ ſellâ deſtituiſſe, ratum majeſtate ſuâ indignum, operam dare ſordentium ganearum vitilitigiis? quod civilem quidem attinet agendi modum. Nec enim minus meriti ſunt ut actio illis denegetur, quam qui rem ſuam vel ſibi debitam non per judicem repoſcunt, quibus actio negatur à graviſſimo Principe Philoſopho in *L.* 13. *Quod met.* Sed hoc non præjudicat officio Præfecti Urbis, cujus eſt, animadvertere in crimina quælibet, in & extra urbem admiſſa, cum Prætor nonniſi civilem habeat jurisdictionem, quemadmodum Titulis de utriuſque tam Prætoris, quam Præfecti Urbis officio intelleximus. Ideoque ſi Prætor Romanus dignitatis ſuæ reputationi plus quam forte neceſſe videatur, tribuerit, Juris tamen diſciplinæ, quod per hanc delicta relinquantur impunita, non poteſt adſcribi. Perinde enim à quo Magiſtratu Juſtitia exerceatur, à Prætore vel à præfecto urbis. Cæterum in id equidem conveniunt Interpretes, hodiernis moribus hoc Edictum exoleviſſe; tametſi nemini, quod viderim, in mentem venerit, jus Romanum hac Cenſuræ nota liberare. Graviora ſane delicta, damna, injuriæ ſi cauponibus & aleatorum hoſpitibus inferantur, non modo à Magiſtratu animadverſum, ſed etiam cauponibus ipſis actionem datum iri, non dubito; de levioribus ne hodie quidem gravem Judicem ejusmodi vitioſis hominibus auſcultaturum exiſtimo; quod etiam Groenewegius ad *h. tit.* arbitratur.

Paulus Lib. XIX. ad Edictum.

Quod in convivio veſcendi causâ ponitur, in eam rem familiæ ludere permittitur l. 4. d. Aleat.

1. Luſus Aleæ ex argumento Rubricæ proculdubio intelligitur, ſive ludus ſortium, *hoc loco.* Atqui *tales ludi, ſive merâ nitantur fortuna, qui dicuntur aleares; ſive principaliter illâ nitantur,* qui *vocantur quaſi aleares, ut ludus chartarum & tabularum cum taxillis, ſunt ſuâ naturâ illiciti, quia non debet illud in ludum verti, quod ſuâ naturâ ſingularem reſpectum habet ad ſpecialem Dei providentiam. At verò Sors ex ſuâ naturâ, quæſtionis determinationem expectat à ſpeciali Dei providentiâ*; ſunt verba *Ameſii lib. 6. de Conſcient. c.* 23. *Qu.* 3. Proinde, ſi ludi illi ſuâ naturâ prohibiti ſint, ex parvitate materiæ, de qua luditur, eorum jus mutari non poteſt; ſed magis reprehendendum erit, quod modicæ rei causa, divinam providentiam tentare videamur, idque ſolutis animis in convivio vel ſymposio. Dicam ſimpliciter, quid mihi de Sortis uſu videatur; In ſe jactum teſ-

Digitized by Google

teſſeræ, vel caſum chartulæ non magis ſpecialem habere reſpectum ad divinam providentiam, quam jactum lapidis, aut pomi, aut nucis, aut quoslibet motus rerum fortuitos, quorum nihil ſine Deo in quo ſumus & movemur, divinâ providentiâ inſtituitur. Sed reſpectus ſpecialis ad Providentiam pendet ab intentione & à determinatione jacientium ſortes. Si obiter aut fallendi temporis causa tecum ſolus, teſſeras aut chartas aleares jacias, ut quomodo cadant, videas, ineptia forte & horæ perditio ſit, providentiæ divinæ tentatio non eſt. Nihilo magis, ſi hoc ita cum alio facias, gratis, aut pretio tam modico, ut pro nihilo habeas. At ſi quis acriter intentus, ſi ſortis eventum ægre laturus ſit aut intonet aliter ſi cadat ſors, quam expectet, ut fit in majoris pretii ludis, hæc res eſt in vitio, & poteſt videri ad providentiam pertinere determinandam; Inde jurgia, rixæ, blaſphemiæ, & multa cauſa prohibitionis. Secundum hæc, permiſſio luſus, qui fit in convivio, pro licito haberi poſſe videtur. Etſi tutius hoc genere ludorum abſtinetur. Textum etiam accipiemus ſtricte, ut familiares tantum epulæ, ad amicitiam honeſtamque animi recreationem, non ſympoſia bacchantium intelligantur. Pluribus hanc Quæſtionem aliquanto facilior ad tuendum Aleæ luſum, exequitur Vir Ampliſſ. Joh. Andreas Vander Meulen, *in tract. de Jure Poli.*

Ulpian. Lib. xxiv. ad Edict.

Si Menſor non falſum modum renuntiaverit, ſed traxerit renuntiationem, & ob hoc evenerit ut venditor liberetur, qui adſignaturum ſe modum intra certum diem promiſit, hæc actio locum non habet: Sed nec dari utilem debere Pomponius ait. Erit ergo ad actionem de dolo decurrendum l. 5. in pr. Si Menſ. falſ. mod.

1. Venditus eſt fundus, ſub hac lege, ut venditor intra certum tempus modum agri declaret; qui hac gratiâ Menſori dedit negotium, ut agrum metiretur. Is autem traxit renuntiationem, ut dies exiret ac emptor liberaretur. Textus habet, ut *venditor liberetur*, quod vix eſt, ut ſenſum habeat idoneum in hoc caſu, quo venditor obligatus eſt ad modum agri intra certum tempus adſignandum; ſi eſſet pactum; quale in *l. 40. d. Contrah. empt.* ut emptor, ſi velit agrum metiri curet, τὸ *liberetur* facilius ferri poſſet. Nam etſi venditor, emptione reſolutâ, æquè liberetur ac emptor à contractu, tamen in id quod intereſt actione non liberatur, quâ tenetur emptori, ex eo quod promiſit, ſe modum intra certum diem adſignaturum. Imò ne ab implenda quidem venditione liberatur, ſi emptor urgeat implementum contractus idque ſalvâ emptori in id quod intereſt actione. Magis igitur eſt, ut hic pro *liberetur*, legamus, *læderetur*, quod jam aliis pridem animadverſum è Baſilicis, qui habent, ἀλλ' ὑπερθέμενος βλάπτῃ τὸν πράτην; *re protractâ lædat venditorem*; etſi jam tum libros aliquos, in Latino, habuiſſe *liberetur* Stephanus interpres Græcus indicat.

Ul-

Ulpian. Lib xxv. ad Edictum.

Si adhuc monumentum purum eſt, poterit quis hoc & vendere & donare. Si cenotaphium ſit, poſſe hoc venire dicendum eſt. Nec enim eſſe hoc religioſum Divi fratres reſcripſerunt. l. 6. §. 1. d. Religioſ.

1. Quod ſepulchra pro locis religioſis & nullius in bonis habentur & commercio eximuntur, ut *hic & paſſim* legimus, ad ſuperſtitionem paganam, à Criſtiana ſimplicitate alienam, accedere videtur. *Noſtris moribus*, ait D. Paulus Voetius ad §. 9. *Inſt. de Rer. Div. n. 4. ubi purior admittitur Religio, nullus locus eſt religioſus nec ulla ſanctitas ineſt monumentis*, Quare & ſepulchra emuntur atque venduntur omni die; Tametſi rectè D. Voetius obſervet, loca ſepulchrorum ipſa non eſſe apud nos in commercio ſed jus inferendi mortuos in ſepulchra, vendi emique ſolere. Verum id eſſe ex accidenti, quia ſolum, in quo monumenta collocantur, eſt publicum, non ex ipſa ſepulcrorum natura, ſatis manifeſtum eſt; Ideoque, ſi nunc, ut olim ſepulchra quiſque paterfamilias in hortis & agris ſuis haberet, non eſt dubium, quin hodie vendi, alienari, & permutari poſſent, quod Jure Civili prohibetur, in *l.* xı. *h. t.* translatis in alium locum oſſibus, ut jam ſalvâ religione, fieri poſſe creditur; olim ſine veniâ Pontificis maximi, ſive Principis, fieri non poterat *l. 8. pr. h. t.* nec quidem ſub Chriſtianis Principibus *l.* 14. *C. de Religioſ.* Sed quanta ſuperſtitio Veterum fuerit in ſepulchris, quæ prope templorum inſtar, ubi ſacrificarent & preces funderent, habuere docet Lyl. Gyraldus, de Diis *Gentil. ſyntagm.* 17. etiam apud Cenotaphia, quemadmodum Andromache apud Virgil. 3. *Æneid.* apud ejusmodi inane monumentum Hectoreos manes invocabat; ex quo recte Martianus Cenotaphium eſſe locum religioſum probabat, ut legimus *in l. 6. §. ult. d. Rer. diviſ.* Etſi poſtea Divi fratres ſuperſtitionem hac parte minuendam putarunt, ut teſtis *hic* & in *l. 7. d. t.* eſt Ulpianus. In hoc igitur cenſura deſinat; cauſam non fuiſſe, cur Criſtianus Imperator hujus ſuperſtitionis effectum in libris Juris à ſe reformati relinqueret.

2. Non opus erit eloquentiâ multâ, credo, apud Pontificios, hac parte deprecandi Cenſuram; qui religionem ſepulchrorum ritibus etiam ſacris & luſtralibus cærimoniis inculcant ac inſignitam volunt: nec dubitat Antonius Faber in *Rational. ad h. Tit.* Proteſtantes, maxime Reformatos ſpretæ religionis arguere; quod in mortuis ſepeliendis, omnes ritus & cærimonias aboleverunt. Enimvero inſtituti inter Chriſtianos admodum vetuſti eſt reverentiam ſepulchrorum, quaſi adverſus monumenta reſurrectionis, indubitatum eſt; inde ab Apoſtolico tempore, ſi credimus his, qui τὸ δυσνόητον Pauli, de his qui baptizantur ὑπὲρ τῶν νεκρῶν, *ſuper mortuos*, intelligunt, de ritu celebrandi Baptiſmum juxta monumenta ſepulchrorum, ac ita ſuper ipſos mortuos; ad ſpem reſurrectionis, in lavacro reſurrectionis, præſentius & efficacius conteſtandam, quos inter eſt Joſephus Scaliger. Tantum igitur abeſt, ut Chriſtiani religionem ſepulchrorum minuendam putarint; etſi aliâ quam pagani, ratione ducti; potius

ut

Digitized by Google

ut jungenda ſepulchra templis, imo intra templorum ſepta provehenda, à quo gentiles non immerito abhorrebant, luculenter augendam judicaverint. Quod cum ne Proteſtantes quidem mutare in animum induxerint, nihil etiam his ipſis cauſæ eſt, hac parte deſiderandi, vel antiquos reprehendendi. Quibus ita viſum fuit, ſepulchra loco ſolo & extra hominum frequentiam conſpicuo licet, eſſe jubere; qua cauſa forte rejiciendum non ſit quod de locis *religioſis* ex Maſſurio Sabino refert Gellius, *Religioſum*, inquit eſt, *quod propter ſanctitatem aliquam remotum ac ſepoſitum à nobis eſt: Verbum à relinquendo dictum l.* 4. *c.* 9. Cujus loco nos ſepulchra in mediam hominum lucem maximamque frequentiam, magis contra medicinæ, quam ſecundum Theologiæ rationes, admovenda putavimus.

3. Sed nec illud plane conſtitui, ſatin, cauſæ ſit inreprehendendis Veteribus, quod ſepulchra commercio exemerunt, nec oſſa mortuorum ſine veniâ publicâ moveri & ejici permiſerunt; quod hodie ſæpe fit inſolenter & irreverenter. Si viri eximii, non ſine ratione, cavendum putarunt, ne de ſuis oſſibus id fieret, argumentum pro veteribus haud ſpernendum inde colligitur. Sepulchro *Joſephi Scaligeri*, apud Lugdunum Bataviæ, inſculpta ſunt hæc verba; *Mortuum huc inferre non licet.* Idemque, paulo tamen aliis verbis ſuo ſepulchro in Templo Franekerano, ut inſculpi curarem, à me petiit Vir Ampliſſimus p. m. *Antonius Cann*, Procurator Friſiæ Generalis, amicus deſideratiſſimus, idque ita probè curatum eſt, ſi modo à poſtea naſcituris obſervetur. Mihi ſane religio fuit emere ſepulchra & monumenta hominum clarorum, eâ lege; nam aliter uſum habere non poterant; ut exuviæ inde auferrentur, & memora nominis illorum, cum honore verborum & carminum è monumento exſcinderetur. Ita cum viliſſimo pretio monumentum *Johannis Bogermanni* Theologiæ Profeſſoris & Præſidis olim Synodi Dordracenæ, ab heredibus ad extrema redactis, in primario templi loco, magno & inſigni lapide, cuj ornamenta Viri & res geſtæ inſculptæ erant, mihi Venale offerretur, abſtinendum cenſui, & aliis illud conditionis commodum, libens reliqui. Quod cum iterum de alterius Viri non minus clari & aliquanto doctioris ſepulchro uſu veniſſet, non modo non emi; ſed & operam dedi, quod in priore caſu non erat in facultate meâ, ne venditio procederet, & oſſa Viri Clariſſimi adhuc quidem intacta manerent. Quo minus in univerſum illud hiſce temporibus recipiatur, facit nos verè ſuperſtitioſus; ut parcamus ſuperſtitionem hac parte Veteribus objicere; mortuos nuſquam, niſi in templis & porticibus hortiſque templorum, quos Dormitoria, Græco inde vocabulo dicimus, ſepeliendi. Nam ſi receptum eſſet, ut in agro vel horto cujuſque privato, ſicut olim, hodieque ſepulturæ fierent, ego quidem non dubitem, quin ita fere quiſque, ſicut eximii Viri ſupra dicti præiverunt, faciendum putaret, ut oſſa ſua cineresque, ad ſpem beatæ reſurrectionis, quæ cauſa Scaligerano monumento adjecta eſt, intacta *relinquerentur*, unde *religionis* vocabulum Maſſurius Sabinus derivabat. Idque non immerito tutelam juris publici meriturum, & facili momento in conſvetudinem antiquæ ſimilem tranſiturum eſſe videretur: Quod nunc ob anguſtiam publicorum coemeteriorum non habet facultatem obſervationis.

Ga-

Digitized by Google

Gajus lib. XIX. ad Edictum Provinc.

Liberum eſt ei, qui probibetur, mortuum oſſave mortui inferre, aut ſtatim Interdicto uti, quo prohibetur ei vis fieri; aut alio inferre, & poſtea in factum agere, per quam conſequitur actor, quanti ejus interfuerit, probibitum non eſſe. In quam computationem cadit loci pretium, aut conducti merces: Item ſui loci pretium, quem quis niſi coactus, religioſum facturus non eſſet. Unde miror, quare conſtare videatur, neque heredi, neque in heredem dandam hanc actionem: Nam, ut apparet, pecuniariæ quantitatis ratioin eam deducitur, certe perpetuò ea inter ipſos competit l. 9. d. Relig.

1. Non immmerito ſummi Vir judicii & doctrinæ, cui Juriſprudentia multum debet & debendi ſpem habet, miratus eſt, Cajum hic mirari, quod cur miretur, nihil ſit omnino. Cum enim hæc actio ad injuriæ & vindictæ perſecutionem manifeſto ſpectet, (cujusmodi actiones, etſi mere pecuniarias aut rei perſecutorias, ut eſt Revocatoria donationis propter ingratitudinem, *l. ult. C. de Revoc. Donat.* non dari heredibus aut in heredes, tralatitii juris eſt; ut ad *tit. I. de perpet. & tempor. action.* demonſtravimus) aliter fieri non poterat, quam ut hæc actio reliquarum ejus generis naturam ſequeretur. Unde igitur ignorantiæ filia Gajum invaſit admiratio? Sæpe diximus, non eſſe nos in hac hæreſi, Juris Auctores errare non potuiſſe, nihil ignoraſſe; ſæpe videmus admirantes, eſſe quod non putent, dubitantes, hæſitantes, non liquere ſibi fatentes; quemadmodum Vir Cl. in elegantem locum Communem hac occaſione digreſſus, copioſè demonſtrat. Nihil adeo præjudicandum noſtri ſeculi ingeniis, ſi quando ex principiis boni & æqui, à veteribus ad nos propagatis, rationes, quas illi vel non quæſiverunt, vel quæſitas non invenerunt, inveſtigent. Nec quidem periculum eſſe puto, magis laudandum cenſeo, ſi errores eorum poſterioribus curis induſtriâque detegantur. Quod inſolens non videri, mea peculiariter intereſt, qui Cenſores, & unum maxime Criticum ſingularem habeo, à quo mea ſcripta primæ & poſterioris curæ, ſtatim & prius, ac edita ſint, excutiuntur, & ſi quid, erroris veri vel imaginarii offendat, in lucem protruditur. Habeo quo mollius hoc feram, ſi nec ipſi Veteres defuerint, quos opinio fefellerit. Sed in in hac diſputatiuncula nihil ejuſmodi cautione opus eſt. Non feret ægre, ſcio, Vir Cl. ſi pro Cajo quod dici poſſit, adferam:

2. Defenſio ejus in hoc conſiſtet; Mihi non videtur ad injuriæ vindictam hæc actio pertinere. Nam quid? Alius in agrum, quem puto, vel contendo, eſſe meum, vult inferre mortuum, ut ſolebant veteres, inſolito uſu cæmeteriorum. Ego id fieri veto. Quid hac in re eſt injuriæ? Non plus, opinor, quam ſi mortuum in agrum verè meum inferri prohibeam. Nec enim pati cogor, ut alius meum, vel quem puto meum eſſe, fundum ſepulchris ſuis occupet. Si erro circa dominium agri, procul tamen eſt animus & commiſſum injuriæ. Præterquod uſusfructus aut aliquod jus ſervitutis ad prohibendum ſufficit, ab actione vero injuriæ ſatis excuſat opinio de tali aliquo jure nobis competente. Sed probatur actio injuriarum ex *l. 8. in pr.*

ſr. h. t. ubi, *Adverſus eum qui cadaver ab alio in agro ſuo ſepultum, ſine decreto Pontificum, ſeu juſſu Principis eruit, ejicit: injuriarum actio datur.* Rectè, quia *Turpius ejicitur, quam non admittitur hoſpes.* Eruere, ejicere, prohibere, quomodocunque ſepultum, eſt injurioſum; non æque, prohibere, ne inferatur, quo certum jus non eſt inferendi, vel, quod ad injuriæ ſenſum eſt idem, jus eſſe non putat alius. Prorſus *in d. l.* 8. caſus eſt violati ſepulchri, in quo certe eſt injuria, & actio ad ultionem injuriæ *l.* 3. §. 8. *l.* 6. *d. Sepulchr. viol.* Imo & de quâlibet injuriâ cadaveri, vel etiam ſtatuæ defuncti factâ heres habet & recte movet injuriarum actionem, cujus eſt, defuncti exiſtimationem purgare *l.* 1. §. 5. 6. *l.* 27. *d. Injur.* ſed non pertinet ad defuncti exiſtimationem, quod heres ipſe corpus in agro juris controverſi ſepelire ſatagit, nec ideo, ſi dominus vel poſſeſſor id impediat, injuria defuncto infertur; quia non de ejus exiſtimatione, nec quidem de ſepulturâ directe, ſed de agri jure contentio intelligenda eſt. Nihil enim eſt in *hac l.* 9. quod de jure fundi controverſiam, ut cauſam prohibitionis quæ naturæ negotii ineſt, excludit; etſi ἀπὸ κοινοῦ repetas, quod eſt in *l.* 8. §. *ult.* de eo, qui prohibitus eſt inferre mortuum, quo ei jus inferendi eſſet: Id enim controverſiam quæ fuerit de fundo, non renuit. Nam hoc excipi poſſe, non latet nos: Actionem hanc in factum ei dari, qui prohibitus eſt inferre mortuum, quo jus illi erat inferendi *d. l.* 1. §. *ult.* Unde cum nihil juris habuerit prohibens, nihil quam injuria remaneat. Sed res eſt clara, Intentionem quidem hujus in factum actionis & eventum victoriæ talem eſſe poſſe, ut nullo jure prohibens ſepulturam impediiſſe videatur; Sed ab utraque multum diſcrepare ſpeciem controverſiæ reſultantem è contradictione partis adverſæ & lite pendente, quæ ut juris diſceptationem continet, ita Injuriæ reatum excludit. Prohibitus ait, Prohibuiſti me inferre mortuum, quo jus mihi erat inferendi. Alter: Imo nullum jus inferendi mortuum habuiſti. Et ego te prohibens, jure meo ſum uſus. Τὸ κρινόμενον igitur eſt, an jus inferendi mortuum habuerit vel non. Quæ ab actione Injuriarum eſt ſeparatiſſima. Nam qui jure ſuo utitur, aut uti ſe credit, non facit injuriam. Denique, prohibitio poteſt fieri & denuntiando, vel dicendo, ſe prohibere *l.* 19. §. 1. *Quod vi aut clam.* Nec opus eſt, ut qui prohibet ſepeliri, vim inferat cadaveri, aut proſequentibus cadaver: Claudere poteſt aditum fundi, aliove modo facere, ne mortuus inferatur, in ſuum præjudicium, ut ipſe quidem putet, aut contendat. Non eſt hæc injuria, quemadmodum mihi quidem videtur.

2. Ergo ſi hæc ratio non impedit, quominus jure miratus ſit Gajus, hanc actionem non dari heredibus & in heredes, contenti ſimus, opinor, hoc exemplum ponere inter ſpecimina *Legis non Omnium* 20. *de Legibus*, quemadmodum ſe facere ſolitum eſſe narrat Cujacius 8. *obſ.* 12. idque laudat, ut Cujaciana pleraque non immerito, noſter Wiſſembachius *hic.* *Non omnium, quæ à majoribus conſtituta ſunt ratio reddi poteſt* ſcilicet. Etſi Anton. Faber in *Rational ad h. l.* negat, forte nec temerè, opus eſſe hac anchorâ ſacrâ; cum non agatur hic de jure conſtituto, ſed de uſu Fori, cujus Juriſperiti non eſt ſemper rationem reddere, nec id ab eo requiri poteſt, cum ſæpe nulla ratione nitatur. Denique, nos, quomodo adhuc eſt, nihil habemus aliud, quam ut Gajum non de nihilo hæ-

hæſitaſſe videri putemus. Si quis ita tamen in animum inducat, Veteres qui hanc opinionem, quam Gajus obtinuiſſe miratur, introduxerunt, ita exiſtimaſſe; genus hoc actionis in factum, ad ſimilitudinem & ad inſtar actionis injuriarum accedere, quod Gajo ſecus, nec ſine ratione viſum fuerit, aut in mentem non venerit; is & veteribus rationem aliquam, & Gajo mirandi; & Viro Cl. probabilem cenſuræ, nobis Eunomiæ cauſam adſerere poſſe videbitur. Nec ab eo temperamento alienus eſt Anton. Faber, adeo ut ita nec opus ſit, cum Accurſio ſtatuere, quod Gajus hic miratur, id imperitis olim viſum fuiſſe; Non patiuntur hoc, verba Gaji, *Quare conſtare videatur*; hoc ad eos qui forum tenent ſtylumque judicialem regunt, pertinere videtur.

Paulus Lib. XXII. ad Edict.

Quod ſi locus monumenti hac lege venierit, ne in eum inferrentur, quos jus eſt inferri, pactum quidem ad hoc non ſufficit: Sed ſtipulatione id caveri oportet. l. 11. d. Religioſ.

1. Commentarius in hanc legem cenſorius, idemque prolixus & moleſtus Antonii Fabri in *Rational. ad h. l.* extat. Cujus exemplo, ſi reſpondendum ſit ad omnes, quæ moveri poſſunt, ad quoſlibet difficiliores & quaſi incongruos textus, objectiones, nec hujus operis finis, & ſtudium Juris multo tetrius & intricatius, quam diſciplinæ ſenſu Communi fundatæ par ſit & expediat ſtudioſis, invenietur. Exitum ille vel ſenſum invenit nullum; niſi verba *locus monumenti* deleantur, & hic textus ad legem præcedentem referatur, ubi tractatus eſt caſus, ſi quis vendiderit fundum eâ lege, ut venditori liceret inferre mortuos in ſepulchrum, quod eſt in fundo vendito. Hic intelligit pactum ex adverſo, Emptoris, paciſcentis, ne liceat venditori in ſepulchrum inferre mortuos ſuos, quibus id deſtinatum erat; ne cogeretur ſcilicet illam moleſtiam à ſepulturis alienis pati. Quæ interpretatio cum ipſum monumentum, quod Faber intelligit idem cum *loco monumenti*, non ſupponat venditum, ut nunc eſt in textu, hæc verba delet, & *fundum* ἀπὸ κοινοῦ ex priore Lege vult intellectum. Sed tum expedire ſe non poteſt, cur minus hoc per *pactum* fieri poſſit, cum effectu ordinario pacti, qui eſt exceptionis, quam per *ſtipulationem*, cum effectu actionis ordinario. Nam inſtantia, quam profert de uſuris, quæ per ſtipulationem, non per pactum in mutuo debentur, ad rem non pertinet; cum manifeſta ſit ratio, cur pactum in Mutuo non inſit, & ſtipulatio per ſe ſubſiſtat, *arg. l. 17. in pr. d. Pactis*, ut dictum in *Capite ff. de Uſuris*. Similes differentiæ ſunt in reliquis ab ipſo productis inſtantiis. Quid autem hic pactum prohibeat, cum ſtipulationem admittat, non ediſſerit, in quo præcipuus eſt hujus Legis & Eunomiæ ſcrupulus. Quod enim dicit, per pactum non poſſe convenire, ne quis in ſuo mortuum ſepeliat, per ſtipulationem verò licere, ſi modo ſtipulantis interſit, non habet rationem; quare, inquam, ſi paciſcentis interſit, æque non valeat pactum ad exceptionem, quam ſtipulatio ad actionem? Nam

quod in *L. pen. d. Pact.* habetur, *neminem paciſcendo efficere poſſe, ne ſibi locum ſuum dedicare liceat, aut ne ſibi in ſuo ſepelire mortuum liceat, aut ne vicino invito, prædium alienet*; hoc ideo fit, quia paciſcentis non intereſt ut plurimum, talia non fieri. Quod ſi intereſſet alterius, cur ita paciſci non liceat, nihil profertur, idque Juſtinianus adſerit in *l. ult. C. de Pact. int. Empt. & Vendit.* etſi verum eſt, quod Faber excepit, in *h. l. ult.* agi, de pacto venditioni ipſi adjecto, ſecus ac in *d. l. pen.* Sed tamen illa ratio de eo, quod non interſit, omnino ſubeſſe videtur *in d. l. pen.* Magis igitur eſt ut hunc textum intelligamus ſimpliciter, ὡς κεῖται. Agi hic de monumento puro, quod poteſt vendi *l. 6. §. ult. h. l. 52. Prò Soc.* Pactum tamen adjectum, ne liceat illud monumentum mortuos inferre, quos jus eſt, *vel eſſet*, ut Accurſius, inferendi, non valet, quia non intereſt venditoris (qui hic vendit & ſtipulatur ab emptore, non hic à venditore, quod vult Faber) ita fieri. Si tamen ſtipulatio pœnalis concipiatur, hæc valebit & actionem pariet; quia in hunc uſum illa maxime comparata eſt, ut conventiones ob defectum ejus quod intereſt, inutiles, ſuſtineat iiſque det effectum *§. verſa vice 10. Inſt. de Inutil. ſtipul.* Quæ ut eſt Cujacii & communis interpretatio, ſic Fabri nimiæ ſubtilitati & Cenſuræ hypercriticæ præferenda videtur.

Marcellus Lib. v. Digeſtor.

Minime majores lugendum putaverunt eum, qui ad Patriam delendam, & parentes & liberos interficiendos venerit: quem ſi filius Patrem, aut Pater filium occidiſſet, ſine ſcelere, etiam præmio adſiciendum omnes conſtituerunt l. 35. d. Religioſ.

1. Nihil quidem in proditores Patriæ nimis grave ſtatui poteſt. Sed an liberis ſit fas, Parentes, patriæ ſuæ hoſtes occidere, merito dubitare licet. *Etſi contemptor Legum & impius ſit, pater tamen eſt*, ait Juſtinianus in *Nov.* 12 *cap.* 2. Nec tam videndum, quid pater mereatur, quam filium quid deceat. Non quicquid juſtum, etiam pluchrum eſt; Δίκαια μὲν, καλῶς δ᾽ οὔ, canit apud Euripidem Chorus in Oreſtem, qui matrem, patris ejus, viri ſui necati ream interfecerat. *Jure quidem merito, ſed non laudabile factum!* Timoleon fratrem patriæ tyrannidem invadere paratum interfecerat; ſed cum Mater & propinqui illum execrarentur, [illegible] ἐγένετο, animo dejecto, multos annos in ſolitudine vitam pœnitendo exegit, ut Plutarchus *in ejus vita* refert. Non eſt de nihilo, quod omnes parricidæ, ſummo jure licet uſi, pœnitentiæ furiis acti, *ſibi* ipſis in cruciatum diſplicuerunt. *Quod tantum ſcelus inveniri poteſt*, rogat Quintilianus, *quod parricidio vindicandum ſit! declam.* 286. *In parricidio nulla ſatis juſta cauſa, ad ſceleris patrocinium prætexi poteſt*, verba ſunt Juſtini *lib.* xv.

2. Dicamus ita; ſeparandum videri officium privati, ab æſtimatione publicâ. De hac loquitur Marcellus; Non ſunt hoſtes patriæ à propinquis ſuis lugendi; Talium Interfectores, etſi liberi forte ipſorum, præmiis; quod privatos affectus ſaluti communi poſthabuerint, adficiendi videntur. At de priva-

ta

ta laude filiorum officioque neceſſitudinis hic non agitur. Marcellus ab eo latere factum filii non intuetur. Nec habet pugnam in ſe, quod aliquis dicatur mereri præmium publice, de quo privatim male opinentur leges. Libertus, qui patronum illicitæ mercis negotiatorem detulit, præmium accipit è publico *l.* 1. *d. His quæ ut indign.* Sed eadem lex adimit ipſi relicta teſtamento patroni, ut ingrato.

3. Verum enimverò datur adhuc alia forte an tutior amoliendæ ratio Cenſuræ. Cum enim hic textus Patrem deſcribat, qui venerit paratus ad delendam Patriam, parentes liberoſque ſuos interficiendos, hominem plane furioſum, vix eſt, ut adverſus eum ulla pietatis officia publico privatove reſpectu amplius obſervanda ſint; modo filius ſic agat, ut re bene matureque deliberatâ, compertum ei ſit, aliter patriam à peſte præſenti, nullo modo, quam per ſe, liberari poſſe; cujusmodi actiones non facile pœnitentia ſequitur, ut recte Plutarchus Timoleonte obſervat.

4. Nihil igitur Cenſuræ ſupereſſe videtur in Marcellum. Nec audiendus Groenewegius, qui abrogandam cenſet hanc Legem, quaſi cum Bodino 1. *de Republ. c.* 9. & Ant. Matthæo *de Crimin. Lib.* 48. *tit.* 6. *c.* 2. *n.* 13. *in fin.* Neuter ab eo laudatus auctor in his terminis hoc ſtatuit, ſed Bodinus ſimpliciter negat, filio licere Patrem patriæ hoſtem interficere, quod in quolibet tralatitio bello fieri, vere nefas ſit, nec in hoc textu adſeritur. D. Matthæus hoſtem Patriæ judicatum & exulem, *à filio necari poſſe negat*, & Bodinus *de tali* filio publico præmio à Venetis adfecto, ſcribit, *forſitan præſtitiſſe, ut urbs Venetorum prius aquarum ſuarum voraginibus abſorpta fuiſſet, quam tanti ſceleris immanitati præmia dediſſet*, quod laudat Matthæus. Sin eum, qui ad patriam opprimendam hoſtili animo veniebat, occiderit filius, pœnæ quidem gratiæ faciendam cenſet, non æquè præmio filium eſſe honorandum. Quod vix aut modice ad hujus loci Cenſuram pertinet.

5. Si vero maneamus in terminis hujus legis, ego ne de præmio quidem publicè dando, putem eſſe cauſam reprehendendi; Nam privati meritum officii non attingit Marcellus. Exemplum *d. l.* 1. *d. His quæ ut indign.* etſi non ejuſdem ſpeciei, ad hanc tamen diſtinctionem exhibendam ſatis apte comparatum eſt, Reipublicæ rationem à privatis affectionibus & officiis omnino ſeparandam eſſe. Quod autem plerique Marcelli ſententiam de Patre *bannito*, ſive proſcripto & hoſte declarato, licet in latam fugam acto, intelligunt, nullo modo concedendum eſt; Procul habitâ Vaſquii ſententia *controv.* 1. *c.* 49. *n.* 13. qui parentem ejusmodi exulem proſcriptum, ut à quolibet, ſic etiam à filio interfici poſſe docet; Impune per Edicti ſententiam, quominus ita fieri poſſit negare non licet; ſed à diris parricidarum nulla ſententiæ vel Edicti ſeveritas illum excuſare poteſt. Manendum eſt in terminis hujus Legis. Qui ſunt iidem Ciceronis hac de re agentis in *lib.* 3. *Offic.* Quid *ſi pater*, inquit, *tyrannidem occupare*; *quid ſi Patriam prodere conabitur*, *ſilebitne filius*? *Imo vero accuſabit*, *minabitur etiam*: *Ad extremum, ſi ad perniciem Patriæ res ſpectabit*, *Patriæ ſalutem anteponet ſaluti Patris.* Pluribus hanc Quæſtionem tractat Vir Ampl. Jac. Andræas Vander Muelen *in Tract. de Foro Conſcientiæ*, *ſeu de Jure Poli part.* 2. *Quæſt.* 10.

Digitized by Google

6. Abſolvimus, bono cum Deo, partem ſecundam Pandectarum, juxta inſtitutum Eunomicum, ut hoc in primas cogitationes, & rudem ſtylum fluxit. Si tantum operæ pretium facere videmur, quantâ cum animi voluptate, laboris improbi tædium facile ſuperante, & alacritate, vaſti hæc operis Sciagraphia, & ejus Retractatio, Amplificatio & Emendatio domeſtica procedit; Deum precamur, ut valetudinem proſperam, mentemque divini & humani juris intelligentem addere, in nominis ſui honorem hanc operam, Juſtitiæque decus adminiſtrare velit.

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM XII.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Paulus Lib. xxvi. ad Edict.

N*Umeravi Tibi decem, & hæc alii ſtipulatus ſum; nulla eſt Stipulatio: An condicere decem per hanc actionem poſſim, quaſi duobus contractibus intervenientibus, uno, qui re factus eſt, id eſt, numeratione: alio, qui verbis, id eſt, inutiliter, quoniam alii ſtipulari non potui? Et puto poſſe. l.* 9. §. 4. *d. Reb. Cred.*

1. Non poteſt diutius differri locus de Stipulatione Alii facta; quem condiximus, inde ad *l.* 17. §. 4. & *l.* 21. §. 2. *d. Pactis.* ubi removimus objectiones tralatitias contra hoc jus, quod alius alii paciſci vel ſtipulari non poſſit, ideo, quia paciſcentis aut ſtipulantis non interſit. Hic nobis res erit, cum optimo philoſophiæ civilis magiſtro, qui jus Romanum hac parte vocat ad Cenſuram in *lib.* 2. *de jur. B. & P. cap.* xi. *n.* 18. *Solent*, inquit, *& Controverſiæ incidere de Acceptatione pro altero facta.* Eſt hæc ipſa

Digitized by Google

ipſa hujus loci quæſtio; Nam ſtipulatio valet idem, quod Acceptatio. Niſi, quod hæc etiam pactis convenit; quæ tamen à Stipulatione, jure Gentium & moribus hodiernis, in effectu non diſcrepant.

2. *In quibus*, ait Grotius. *diſtinguendum eſt*, *inter promiſſionem mihi factam de re danda alteri*, *& inter promiſſionem in ipſius nomen collatam*, *cui res danda eſt*. Diſtinctio proba, ſed minus appoſita controverſiæ, ſi recte puto. Nam promiſſionem mihi factam de re alteri dandâ, quis valere neget, haud ſatis memini. Jus Civile negat valere Stipulationem vel acceptationem alii factam, ſive in alterius nomen collatam, non mihi, ut alii dem. Tunc enim non alii, ſed mihi acquiritur obligatio, ſub modo ſcilicet, ut etiam obſervat Sieglerus ad *d. Grotii locum*. ſi recte illum accipimus, inquam. Poſſet enim videri, non id voluiſſe Grotium *per Promiſſionem mihi factam de re alteri dandâ*, quod eſt in hac formula; *Centum mihi dare ſpondes pro Titio*, vel *quos dem Titio*: ſed hoc, cum rogo; *Centum Titio dare ſpondes*, ille reſpondet, Dabo. Hæc enim eſt promiſſio mihi quoque facta de re alteri danda. Sed quæ tum eſt *promiſſio in alterius nomen collata*, quam Grotius illi opponit? Non poteſt eſſe alia, quam hæc poſterior, *Centum Titio dare Spondes*? Hoc enim in alterius nomen confertur. Prior illa promiſſio mihi fit, ut alteri detur. Sed ad *l*. 17. §. 4. *d. Pactis* habuimus hanc ſpeciem, Tu promittis ſine ſtipulatione prævia Titio abſenti & ignoranti. Ego accepto pro Titio. Hæc eſt promiſſio in alterius collata nomen & Acceptatio facta pro alio, ſed tamen eandem habens vim, quam ſtipulatio à me in alterius nomen concepta, *Titio dare ſpondes*? At hujusmodi ſponſio jure civili prohibita eſt; non quæ mihi fit promiſſio, id eſt, quæ in meum nomen concipitur, in alterius commodum; quæ opponitur, ut Grotius facit, promiſſioni in alterius nomen collatæ. Manet igitur Grotii παρέργημα, in ſententiâ Juris Romani minus rectè concipiendâ, ſi quid intelligo.

3. Pergit Grotius; *Si mihi facta eſt promiſſio*, *omiſsâ inſpectione*, *an mea privatim interſit*, *quam introduxit jus Romanum &c.* Vellem Grotius, ubi jus Romanum in his terminis hanc diſtinctionem introduxerit, explicuiſſet. Enimvero quibus in locis hanc poſitionem collocant JCti, *Alium alii non poſſe paciſci*, *vel ſtipulari*, reddunt hanc rationem quod ſtipulantis non interſit: ubi vero uſu veniat, ut paciſcentis aut ſtipulantis interſit, ibi valere pacta & ſtipulationes arbitrantur, ut Juſtinianus in §. *Alteri* 18. & §. 19. *Inſt. de Inutil. Stipulat.* Ergo tenent hanc ſane diſtinctionem; Si interſit ſtipulantis, alius alii ſtipulari poteſt; Si non interſit ſtipulantis, contrà. Sed Grotius illam diſtinctionem applicat ex Jure Romano quæſtioni; An aliquis ſibi ſtipulari poſſit, ut alii detur; quod non puto, inquam, Jure Civili, alterutro hujus diſtinctionis caſu negari. Tu dices, huic etiam ſtipulationi, *Centum mihi dare ſpondes*, *ut illos Titio dem*? convenit æquè ratio, quam præfert jus Romanum, Inventas eſſe hujusmodi obligationes, ut unusquiſque acquirat id quod intereſt ſua; ſed ut Titio detur, tua non intereſt, *d*. §. 19. Unde nec plus valoris ineſſe videtur huic Stipulationi, quam priori *Centum Titio dare ſpondes*? Sed ego non exiſtimo, tutum eſſe, ex rationibus legum formare poſitiones & conſecutiones legibus incognitas, quod eſſe periculoſum, nec ſatis juridicum, probavimus *ad l*. 12. §. *pen*.

§. *pen. ſuprà ad Exhibend.* Jus civile negat, Alium alii poſſe ſtipulari, quia ſtipulantis non intereſt. At ſibi quenquam ſtipulari poſſe, ut alii detur, nuſquam negat. Neque vero licet nobis in Artem Juris inferre poſitionem Juris Auctoribus incognitam, ſimilis aut ejuſdem rationis prætextu; quia ſæpe Leges utuntur rationibus nimis generalibus, quam ut inde, jura, quaſi certâ auctoritate conſtituta, nobis colligere liceat. Quicquid ſibi quis ſtipulatur, hoc valet, utcunque non ſit utile ſtipulanti, ideoque nec vere ipſius interſit, *l.* 19. *d. ſervit.* Cum quis etiam ſibi ſtipulatur, ut alii detur, habemus rationem credendi, ipſius intereſſe: denique, quâ ratione aliquo modo non interſit mea, ſtipulari à Te quod mihi des, ut alii donem, cum ita debitorem naturaliter obligatum accipiam *l.* 25. §. 11. *d. Hered. petit?*

4. Pergit Grotius. *Quod ſi promiſſio in nomen ejus collata eſt, cui danda res eſt, diſtinguendum eſt, an qui acceptat, aut ſpeciale mandatum habeat acceptandi, aut ita generale, ut talis acceptatio ei incluſa cenſeri debeat: an vero non habeat. Ubi mandatum tale anteceſſit, diſtinguendum ultra non puto, ſitne perſona ſui juris, nec ne, quod Romanæ Leges volunt, ſed plane ex tali acceptatione promiſſionem perfici; quia conſenſus poteſt & per miniſtrum interponi ac ſignificari. Velle enim cenſeor, quod in alterius voluntate poſui, ſi & ille velit.* Hic etiam male retuliſſe Grotium Juris Romani ſententiam, putat D. Sieglerus *in notis ad d.* §. 18. Quia, ſi mandatum præceſſit, non negant jura Romana naſci obligationem, è ſtipulatione alii factâ, *quia propter natam inde mandati actionem, illico intereſſe cœpit mandatarii*, inquit. Unde corruat etiam adſcripta Juri Romano per Grotium diſtinctio, ſitne ſui juris perſona quæ ſtipulatur, an alienæ poteſtatis, mandato præſuppoſito. Sed heic ego quidem Grotio magis adſentior: Satis enim conſtat, Jure Civili, ne quidem per Procuratorem acquiri obligationem, ſive ne mandatarium quidem Mandanti poſſe ſtipulari; ſed opus eſſe quo mandans acquirat jus obligationis, ut ſtipulator cedat ſuum jus Mandanti *l.* 49. §. *ult. d. Acquir. poſſeſſ.* exceptis duobus caſibus, ſi ex re mandantis, aut ipſo præſente ſtipulatur *l.* 68. *d. Procurat. l.* 79. *d. V. Obl.* In eo tamen minus recte, opinor, Grotius; quod diſtinctionem inter ſui & alieni juris perſonam, locum habere ſcribit, in caſu, quo quis alii mandatu ipſius ſtipulatur aut acceptat; cum certi juris ſit, ei cujus juri ſubjectus ſit, recte quemque ſtipulari §. *ſi quis alii I. de Inutil. Stipul. l.* 38. §. 17. *l.* 45. *d. V. O.* §. 1. *Inſt. de ſtipul ſerv.* idque ſine ulla mentione prævii mandati. Hoccene jam ſatis recte jure Romano ſit proditum, ne quidem mandatu alterius ipſi licere ſtipulari vel acceptare, quin opus ſit remedio ceſſionis, expendendum erit, ad ſequentia Grotii.

5. Verba ſic habent quibus inter cætera, quod diximus, etiam continetur; *Deficiente autem Mandato, ſi alius, cui promiſſio facta non eſt, acceptet, volente promiſſore, tunc is erit effectus, ut promiſſori revocare promiſſionem non liceat, antequam is, quem ſpectat promiſſio, eam ratam habuerit, aut irritam.* Jure Civili, promiſſio facta abſenti, & ignoranti, acceptata ab alio, nihil operatur; quia acceptanti nihil promiſſum eſt; & Promiſſarius non acceptavit, ſine quo nullum obligationis vinculum ne quidem naturali jure contrahitur. Grotius tamen Jure Naturæ non licere promiſſori, quod dixit, revocare, contendit; antequam is,

quem

quem promiſſio ſpectat, eam irritam faciat; nam quod addit, *ſive ratam habeat*, ad revocandi facultatem non pertinet; tunc enim promiſſor ex ejus ſententiâ planè tenebitur. Sed & antequam promiſſionem ratam irritamve habeat is ad quem ſpectat, Promiſſorem teneri & obligatum eſſe vult Grotius; Quippe, cum is qui revocare non poteſt, omnino obligetur, id eſt, neceſſitatis vinculo teneatur. Vinculum eſt inter duos. Sed ego probo, non eſſe vinculum in promiſſione alii factâ, ab alio acceptatâ, ne quidem naturale. Nam vinculum adſtringit alterum alteri. Promiſſor hic non adſtringitur acceptanti, quia nihil ipſi promittit: non alteri, cui ſe daturum ſpondet, quia is ignorat; & obligatio è contractu, nonniſi inter conſentientes ligat. Eſt igitur hæc promiſſio, quam quidem ſine levitate, qui protulit eam, revocare non poteſt; ſed vinculum obligationis, unde in foro agi poſſit, per eam non colligatur; paratâ ſemper exceptione, ſi acceptans agat ſuo nomine; *Tibi non promiſi.* Altero, cui promiſſum fuit, agente per ſe, vel per acceptantem; *Tu nihil acceptaſti, cum ego promitterem, ac ita nihil quæſiviſti.* Non eſt ſanè laudandus, qui cum animo dandi Tertio, fidem in hoc dat Secundo neque ſolvit; ſed tamen ut præciſe teneatur ad ſolvendum, jus in petente & acceptante, quod hic deficit, eſſe debet. Replicant Cenſores; Imo jus in acceptante fuit; Acquirendi amico ſuo, quod eſt humanum & communi Legi Societatis congruum. Sed non qualibet officia charitatis & humanitatis actionibus in foro producendis ſufficiunt. Illic agitur de meo & de tuo; Jurisprudentia differt ab Ethicâ. Leve & incivile eſſe, retractare promiſſiones ita factas, & juſtam querendi cauſam dari promiſſariis, concedimus; ſed ad forenſe jus agendi, non probabile, ſed plenum perfectumque jus acquiſitum requiritur, expletricis non attributricis juſtitiæ. Perfectum jus eum qui acceptavit ſibi non promiſſum, aut qui non acceptavit ſibi promiſſum habere, nemo dicet, opinor, probari certe non poteſt. Quid ſi Acceptans, à promiſſario mandatum habuerit? Diſtinguendum opinor, utrum promiſſor illius mandati conſcius fuerit, an ſecus. Si Mandatum ſciverit, eoque in promittendo ſpectaverit, teneri illum exiſtimo; non modo illis duobus Jure Civili exceptis caſibus, ſed generaliter; Acceptatio enim mandatu alterius in ejus nomen facta, non niſi ut ab ipſo facta haberi poteſt. Velle enim cenſeor, ut recte Grotius, quod in alterius voluntate miniſterioque poſui. Si vero promittens Mandati, quod acceptans, ab eo, quem promiſſio ſpectat, habuit, ignarus fuerit, ſalvæ ei ſunt exceptiones modò commemoratæ, tam adverſus acceptantem, *Tibi non promiſi*, quam promiſſarium: *Tu non acceptaſti.* Replicatio; *Ille meo mandatu acceptavit*, ita refutabitur; Hoc inter vos vertitur; mihi non ſignificatum neque nocet neque prodeſt. Et ſi dicamus, hanc ignorantiam Juris auctores ſupponere, cum negant, Procuratorem domino quicquam ab alio ſtipulando, vel acceptando acquirere, forte nihil erremus.

6. Poſtremo Grotius: *Sic tamen, ut medio illo tempore is qui acceptavit, remittere promiſſum non poſſit, quia hic non adhibitus eſt, ad jus aliquod accipiendum, ſed ad adſtringendam promiſſoris fidem in ſuſtentando beneficio. Ita ut promiſſor ipſe, ſi revocet, faciat contra fidem, non contra jus proprium alicujus.* Hæc ultima verba parum abſunt à noſtra ſententia. Nam ut obligatio perfecta naſcatur, oportet jus proprium alicujus eſſe ſtabilitum. Facere promiſſorem, revocando, *con-*

tra fidem , id eſt , veracitatem , concedimus ; ſed fide ad mutuam obligationem relatâ , ut fit , non agnoſcimus , hanc revocationem eſſe contra fidem *datam*, quâ nemo promiſſorem habuit obſtrictum. Sed Grotius, intermedio tempore duntaxat, promiſſorem non facere contra jus alicujus proprium ſtatuit; poſt ratihabitionem jus promiſſarii perfectum eſſe intelligit. Verum ex iis quæ à nobis allata ſunt, ita liquet: Ex promiſſione tranſitoriâ non acceptata ab eo cui promiſſum eſt, non naſci jus acceptandi deinde, ſi promiſſor in eodem propoſito non duraverit. Denique, Grotius ita demum promiſſorem non facere contra jus alicujus proprium, velle videtur; ſi acceptans promiſſionem injuſſu ejus, ad quem pertinet, remiſerit: quod tamen illum facere non poſſe ſtatuit. Quid ſi fecerit tamen? Promiſſorem, ni ſolvat, fallere fidem docet; Promiſſarius tamen petere non poterit, quia non habuit jus proprium, remiſſione per acceptantem factâ, priuſquam ipſe approbaſſet acceptationem. Sed acceptans qui remiſit promiſſionem ab altero necdum ratam habitam, & remiſit cum non poſſet, quânam actione tenebitur alteri, quem ſpectavit promiſſio, ſi mandatum non habuerit, ut non habuiſſe, ponitur *hic* à Grotio? Non poteſt ulla dari ſpecies actionis, de eo quod ipſo ignorante, ab alio geſtum eſt: Ac ita caret hæc Grotii ſententia effectu forenſi, quem tamen obligatio naturalis pro hypotheſi juris naturæ habere debet. Denique, ſi negem acceptantem habere jus remittendi promiſſionem Tertio, contra negantem tamen Grotium, habebo rationem. Nam remittere non poteſt, qui nihil contraxit, qui alium ſibi non habet obſtrictum, ut certe non habet eum, qui ſibi non promiſit. Attamen, quod Grotius indicat, acceptantem non poſſe remittere promiſſionem, propter jus Tertii, pro quo acceptavit, ſine mandato, nihil juris habet in hominem liberum acceptantem in ſuum quidem nomen, ſed ignorantis, & multo minus in promiſſorem, quem acceptando ſibi non adſtrinxit. In hoc definit diſputatio, Romanos in hoc negotio diviſiſſe rationem honeſtatis probabilem, à jure alii in alium perfecte acquiſito: Hoc in acceptatione pro alio factâ deficere; prius illud ad obligationem & actionem non ſufficere bene judicarunt.

7. Ceterum, quia ſtipulatio alii facta, non eſt turpis aut injuſta; ſed irrita duntaxat effectu; Qui numeravit alicui pecuniam, ut eandem rurſus Tertio ſtipularetur, effectu carente ſtipulatione, poteſt condicere pecuniam, causâ data causâ non ſequutâ. Cum in hoc negotio fuerint duo contractus, unus innominatus, Do, ut tu des alii. Et ſtipulatio alii facta. Dum hæc ſit inutilis, prior tamen quominus maneat, nihil obſtat: Utile enim per inutile non vitiatur.

Ul-

Ulpianus Lib. xxvi. ad Edict.

Rogaſti me, ut tibi pecuniam crederem; ego cum non haberem, Lancem tibi dedi, vel maſſam auri, ut eam venderes, & nummisutereris. Si vendideris, puto, pecuniam mutuo factam: Quod ſi lancem vel maſſam, ſine tuâ culpâ perdideris, antequam venderes, utrum mihi, an tibi perierit, quæſtionis eſt. Mihi videtur Nervæ diſtinctio veriſſima, exiſtimantis, multum intereſſe, venalem habui hanc lancem vel maſſam, nec ne: Ut, ſi venalem habui, mihi perierit, quemadmodum, ſi alii dediſſem vendendam l. 11. d. Reb. cred.

1. Diu nobis quies fuit à Bernardo Autumno, Cenſore Juris profeſſo, qui librum XI. non attigit. Pervenimus ad tertiam, ſcilicet, Pandectarum partem. Hanc incipiit ille rurſus ab inſectatione Nervæ & Ulpiani, in hoc loco. Cujus cenſuræ meritum ut videamus, placet, ob nativam & perſpicuam narrationis ſimplicitatem, addere ſpeciem facti, ex Accurſio; quod cur ubique non fecerimus, aut acturi ſimus, ratio non eſt obſcura; quia non eſt hujus inſtituti totos exponere Textus, aut in eos ſcribere Commentarios integros, ſed excerpere, quod in philoſophiam civilem aut divinam vel Hiſtoricam impingere videtur in Jurisprudentiâ, quo hæc intelligatur rectè, & ſi potis eſt fieri, à Cenſuris aliorum vindicetur. Laudatus ita narrat Accurſius. CASUS inquit. *Eram amicus tuus; transactis nundinis, veniſti ad me, & dixiſti; certè male negotiatus ſum in his nundinis, & ideo non poſſum ſatisfacere creditoribus. Rogo igitur, ut mihi centum ſcuta mutuo des. Ego reſpondi tibi: Certe ego ſum in eâ cauſâ, qua tu es, qui etiam malas nundinas habui, & pecunia careo: Tamen, ne credas, me tibi nolle ſubvenire, habeo hic ſcutellam vel ſcyphum; Cetera dic, ut in textu*, inquit. Amicus ſcutellam eâ lege, ut pecuniam ex ejus venditione redactam, mutuam haberet, accepit; acceptam, ſine culpâ ſuâ, perdidit. Utrius damnum ſit, Quæritur: Diſtinguunt Nerva & Ulpianus ita, ut in textu.

7. *Autumnus; Scrupuloſa & futilis, inquit, mihi videtur hæc diſtinctio.* Nec rationibus in ſpeciem validis Cenſor deſtituitur. Primo enim Ulpianus ipſe in *l. 4. fin. pr. h. t. Qui rem vendendam acceperit, ut pretio uteretur, periculo ſuo rem habebit*, ait. Quæ eſt hæc ipſa facti ſpecies. Sed noli credere, Ulpianum ſui ipſius tam celeriter eſſe oblitum. Regulam eſſe puta; quod res hoc caſu ſit ejus, qui vendendam accepit, periculo; ſub hac exceptione; niſi Creditor jam ante conſilium ceperit, eandem rem per quemlibet alium vendendam curandi, ut in *h. l.* Tunc enim non eſt æquum, ut melior ſit ejus conditio, occaſione ſubveniendi amico, quam alioqui fuiſſet, ubi ille mutuum non rogaſſet; Beneficium amico exhibitum non debet ei cauſam lucri ſuppeditare: ſine alio interveniente facto accipientis. Si quid arguendum ſit in Nervæ ſententiâ, neſcio, an exceptionem quis per modum diſtinctionis propoſitam, minus probare poſſit; etſi hoc quidem nimis ſubtile Cenſuræ genus foret. Aliud ſolidius ſubeſſe non videtur.

8. Autumnus inſtat; Diſtinctioni non eſſe locum, quia Creditor omni modo

do in hac ſpecie facti habet animum vendendi lancem; *ſi vendere noluiſſet, alteri, ut eam venderet, non dediſſet*, inquit. Eſt captio, Quis enim longè aliud eſſe non videt, quod, ut amico ſubveniret, induit voluntatem vendendi, quam ſi antea lancem vendere conſtituiſſet; Alia eſt objectio *ex l.* 5 §. *ſi me* 13. *Commodat.* ubi; *ſi me rogaveris, ut ſervum tibi cum lance commodarem, & ſervus lancem perdiderit, Cartilius ait, periculum ad te reſpicere.* Sed à ſeparatis male infertur. Idem textus indicat, culpam in ea re commodatario eſſe imputandam, quod ſervo negligenti lancem commodaverit. Hic autem omnem abeſſe culpam, Nerva vult & ponit Ulpianus expreſſe. Utitur etiam Autumnus Africani auctoritate, qui ſcribit in *l. Qui negotia D. Mandati.* Eum qui mutuam pecuniam dare vellet, ſi argentum vendendum dediſſet, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum, & tamen pecuniam ex argento redactam, periculo ejus fore, qui accepiſſet argentum. Melius Africanum oppoſuiſſet Ulpiano, in præcipua hujus textus quæſtione; rectene pecunia ex lance redacta ſtatuatur eſſe mutua (quod cum antinomici inſtituti ſit, à nobis hic alienum eſt) quam in quæſito de periculo lancis, non pecuniæ. Africanus pecuniam ex argento vendito redactam dicit eſſe periculo debitoris. Nerva & Ulpianus, de lance quæ periit, antequam pecunia inde redigeretur, agunt, quæ ſatis diverſæ res ſunt & diverſis rationibus conſtant. Quod poſtremo ſubjungit Autumnus, nollem ab homine pragmatico dictum. *Nec me movet*, inquit, *Nervæ ratio, venalem habuiſſe, cum dedit lancem; mutarat forte voluntatem, neque poteſt dici in eadem ſententiâ permanſiſſe. Periculoſum eſt, damnare aliquem ex præſumta voluntate.* Calumniæ manifeſtus hic eſt Autumnus. Quod imputat Ulpiano & Nervæ, id ipſe committit. Juriſconſulti fixum ponunt membrum diſtinctionis, quod is, qui lancem dedit, Eam venalem habuerit. Autumnus mutatam forte voluntatem fuiſſe, cavillatur, abſque ullo facti veſtigio. Plane quod de facto ſupponunt Juris Conſulti in ſuis reſponſis, hoc niſi pro certo & probato nec immutato habendum eſſe ponamus, nullis eorum reſponſis in univerſum fidere liceret. Nihil adeò profertur, quamobrem hic locus Cenſuram, etſi Groenewegio quoque laudatam, mereatur.

Ulpianus Lib. XXVI. ad Edict

Nam etſi fur nummos tibi credendi animo dedit, accipientis non facit; ſed conſumptis eis, naſcitur condictio. Unde Papinianus Lib. VIII. *Quæſtionum*, ait, *ſi alienos nummos tibi mutuo dedi, non ante mihi teneris, quam eos conſumpſeris l.* 13 *d. Reb. cred.*

1. Mutuum quod ab initio non conſtitit, eo quod ex meo Tuum non fit factum, ex poſt facto conſumptionis, acquirit vires; ut is, qui conſumpſit, quia dominium ita ſubegit, condictione teneatur, quod jam docuit Imperator *ad* §. *ult. Inſt. Quib. alien. lic.* Hoc uſu venit in fure, qui pecuniam furtivam mutuo dans, non fecit illam accipientis, ideoque Mutuum non conſiſtit nec condictio datur, niſi poſt conſumptionem. *h. l.* 13. Verba Autumni Cenſoris à Groe-

Groenewegio Cenſore deſcripta; *Sententiam Ulpiani non puto veram*, inquit: Nam Imperatores Diocletianus & Maximianus reſcripſerunt Faciem.eja; *Non unde originem pecunia, quæ mutuo datur, habeat, ſed qui contraxit, ſi ut propriam numeravit, in hujusmodi obligationibus requiritur l. 7. C. Si cert. pet.* Quam Conſtitutionem ſervari oportere, tam juris, quam ipſius rei æquitas poſtulat. Hæc Autumnus. Vult igitur, furi de pecuniâ furtiva mutuo data in continenti actionem dari. Sed bene habet Ulpiani ratio; Pecuniam à fure mutuo datam non fieri accipientis, ſed eandem in ſpecie à vero domino deprehenſam vindicari poſſe, quo nihil eſt certius. At conſumpta pecunia, cum vindicari non poſſit, dominus qui fuit, actionem nonniſi contra furem habet; hic autem è mutuo condictionem adverſus accipientem. In quâ perſonali actione jam non ſpectatur, unde pecunia venerit; ſed numeratio & conſumptio dant ei qui contraxit, actionem, adverſus eum qui accepit mutuum, ac ita ratione condictionis optime conveniunt Ulpianus, & Diocletianus cum ſuo Collegâ: Nam de vindicatione non negant Cæſares, illam vero Domino competere, donec vindicandi pecuniam termini habiles ſuperſunt, id eſt, antequam nummi ſint conſumpti, quod eſt conveniens doctrinæ notiſſimæ in *d. §. ult. Inſt. Quib. alien. lic.*

Ulpianus Lib. XXIX. ad Edictum.

Si filius familias contra Senatus Conſultum mutuatus pecuniam ſolverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio objicietur: Sed ſi conſumpti ſunt nummi à Creditore, Marcellus ait, ceſſare condictionem; quoniam toties condictio datur, quoties ex eâ cauſa numerati ſunt, ex qua actio eſſe potuiſſet, ſi dominium ad accipientem tranſiſſet; in propoſito autem non eſſe l. 14. d. Reb. Cred.

Bimembris hic textus eſt, & duplex ad eum Cenſura extat. Prima quod Ulpianus ait, pecuniam à filiofamilias mutuo ſumptam, & creditori ipſius ſolutam à Patre vindicari poſſe; quod iniquum merito cenſere videtur Autumnus; Cum enim filius familias obligari poſſit, æque ac Paterfamilias, *l. 39. d. O. & Act.* nec ſolverit de pecuniâ Patris, ſed de mutuata, quæ nihil ad Patrem pertinebat, & de quâ Pater ne quidem de peculio, datâ quippe contra Senatus Cultum, tenebatur, quid eſt in cauſa, quod Pater illam pecuniam creditori, in ſolutum datam, ut ſuam, quæ aliunde profecta eſt, auferre poteſt? Accurſius & Vivianus tenent, Filiumfam. mutuatum quidem eſſe pecuniam, ſed hanc non ſolviſſe creditori, verum aliam Patris propriam, quæ proinde ab hoc merito vindicari poſſit. At hoc cum ratione, ni fallor, Autumno diſplicet, & eſt contra literam textus, quæ unâ manu filiumfam. pecuniam mutuatum & ſolviſſe Creditori adfirmat. Ergo dicendum, quia filiusfam. quicquid acquirit extra peculium caſtrenſe, Patri acquirit *§. 1. Inſt. per quas perſon. cuiq. acquir.* & pecunia mutuo data tranſit in dominium accipientis, *§. ult. eod* incontinenti pecuniam mutuo datam filiofam. Patris eſſe factam; cujus dominium filii facto, Patri adimi non potuit: Unde vindicandi jus, dum extat pecunia. Quod ſane de apicibus Juris

Digitized by Google

eſt, ut Pater ita pecuniam filiofamilias mutuo datam lucrifaciat: nec enim creditor actionem habet ad repetendum, ut videtur, contra Senatus Conſultum. Eſt tamen ita; ſibique, agentes contra Legem, habeant quod imputent. Quæ ratio ſufficere videtur ad Eunomiam & publicæ vigorem diſciplinæ vindicandum: ſed an Patris animo addat ſecuritatem conſcientiæ, ut pecuniam, ad cujus ſementem nihil contulit, ita metat, dubitare licet; pendebit autem ex eo, quod *inferius* ad Sc̃ti Macedoniani æquitatem & effectum obſervabimus.

2. Quod autem Marcelli ſententiam de condictione negatâ poſt conſumptionem æquè reprobat Autumnus, non habet rationem. Quippe de vindicatione pecuniæ extantis nihil dixit Marcellus; bonâ fide conſumptæ dari condictionem, jure negat, idque jam exemplum ſubtilitati juris, quod eſt à Patria poteſtate, oppoſitum, ſimpliciſſimæ æquitati tam conſentaneum eſt, quam vindicatio Patris inexpectata fuit. Argumentum Marcelli non eſt tamen ſimplex, ſed involutum & acutum, quod ita evolvit Accurſius, ut aliquanto, ni fallor, obſcurius maneat. An hoc modo ſit clarius, autumet lector *attentus*. Condictio è conſumptione tunc habet locum, cum ab initio dominium non eſt translatum; modo talis cauſa ſit, è quâ incontinenti actio, ſi dominium ſtatim fuiſſet translatum, competiiſſet; veluti, quando pupillus & non dominus mutuum dederunt: Tunc enim dominium quidem non tranſit; At ſi tranſiret, ſtatim condictio daretur *l. 11. in fin. & ſeqq. h. tit.* Ergo datur etiam condictio poſt conſumptionem, quæ in hypotheſi ab initio non datur, quia non factum fuit è meo tuum. Sed quando talis eſt cauſa, è quâ non dominium ſtatim fuiſſet translatum, ex eâ quoque ſine dubio non datur condictio è conſumptione. Quod applica; Si pecunia, quam Filiusfamilias aliunde mutuo acceptam dedit Creditori ſuo, incontinenti facta fuiſſet creditoris propria, Pater eam condicere non potuiſſet; Ergo nec è conſumptione poteſt habere condictionem. Hæc Marcellus confertius, & acutius, unâ poſitione, quæ in plures reſolvitur, perſtrinxit, & ex ipſo Ulpianus.

3. Rurſus idem Ulpianus in *l.* 9 §. 1. *ad SC. Macedon. ex eodem libro* 26. *ad Edictum*, refert contrariam Juliani ſententiam (à quo Marcellum diſſentire ſolitum fuiſſe, ne parva quidem rimâ prætérita, ſi quam offenderet in Juliano, in quâ non figeret aculeum, obſervat Cujacius 14. *Obſ.* 35. & alii quos inter D. Wiſſemb. *ad h. t. th.* 9. adeo, ut alii auctores, cum quid certiſſimum eſſe, ſignificare volunt, & Julianum id dicant ſcribere, & veriſſimum eſſe, cum & Marcellus conſentiat in *l.* 27. §. 3 *ad L. Aquil. l.* 2. *in fin. d. Nox. act.*) Juliani hac de re ſententiam Ulpianus in *d. l.* 9. §. 1. ita refert; *Si ab alio donatam ſibi pecuniam filius creditori ſolverit, an pater vindicare, vel repetere poſſit: & ait Julianus; Si quidem hac conditione ei donata ſit pecunia, ut creditori ſolvat, videri à donatore profectam protius ad creditorem, & fieri nummos accipientis: Si verò ſimpliciter ei donavit, alienationem eorum filium non habuiſſe; & ideo, ſi ſolverit, condictionem Patri ex omni eventu competere.* Atqui ſecundum Marcelli rationem neganda foret Patri condictio, quæ hic etiam conſumptionis non ab initio ſed ex poſtfacto intelligitur. Quia ſi de pecuniâ extante ageretur, Pater eam vindicare poſſet. Talis autem hic eſt cauſa, è qua ſi dominium ſtatim ad accipientem

tran-

Digitized by Google

tranſiſſet, actio ad pecuniam repetendam non fuiſſet; Si, inquam, pecunia filio donata & creditori ſoluta, in hujus dominium tranſiiſſet, repeti à Patre non potuiſſet, quia quod Creditor in ſolutum accepit, ita ut dominus nummorum factus fuerit, id utique reddere non teneretur; Proinde ne quidem è conſumptione, ut eſt Marcelli argumentum, naſcetur condictio, quam tamen naſci Julianus affirmat. Antinomiam eſſe Cujacius adſerit; nec Autumnus, qui hos textus inter ſe committit, dubitat. Si nihil quam Juliani & Marcelli diſſenſio in conſpectum veniret, poterat transmitti & æmulationi illorum imputari. Sed ut Ulpianus in eodem libro contrarias illorum ſententias, ne de Triboniano dicam, qui illas Pandectis inſeruit, ſequutus ſit, dictu non minus incommodum eſt, quam ſi quis ita putet, utriuſque Juris Conſulti ſententias referri tantum, non ſanciri: Merito enim hoc genus conciliandi reprehenditur; ſi nihil ex quo diverſa colligi poſſit concluſio, addatur, ut hic non ſit.

4. Sæpe diximus, antinomias conciliare non eſſe Eunomiæ noſtræ: ſed hic ad exegeſin rei propoſitæ pertinet. Dicam, nihil inter hos textus intereſſe, quam Marcelli argumentum in *d. l.* 14. *h. t.* forte non eſſe perpetuum; Species facti & rationes dandæ vel negandæ condictionis ſatis evidenter diſcrepant. In *l.* 14. filiusfamilias Creditori ſuo, patre ignaro, ſoluturus accepit pecuniam mutuo. Qui dedit eam, nihil minus cogitavit, quam ut Pater eam lucrifaceret. Converſâ in ſolutionem pecuniâ & conſumptâ, nihil Patri favet ad condicendum: non æquitas, omnino illi adverſa, ne quidem ſtrictum jus, quia pecunia nihil ad ipſum pertinuit. Sola ſubtilitas juris quam diximus, tribuit vindicationem, ſi pecuniam in ſpecie deprehendat, quæ ſubtilitatis ratio poſt conſumptionem ceſſat. Haud procul à dolo malo abeſſe videtur Pater, qui Senatus Conſulto in tantum abutitur, ut pecuniæ à filio ſuo mutuo acceptæ, inſidietur eamque lucrifacere ſtudeat. Aliter ſe res habet in pecuniâ filio familiias donatâ, quæ Patri optimo jure patriæ poteſtatis acquiritur, idque donator ut ſcivit, ita voluiſſe videtur, niſi aliud expreſſerit. Hanc igitur pecuniam Patri filius intervertere non poteſt; ideoque ſicut extantem vindicare poteſt, ita quominus conſumptam condicat, nulla juris aut æquitatis ratio prohibet, ſed imperat omnino. Inter ipſas igitur ſpecies facti & deciſiones aperta diſcrepantia eſt Ideoque nulla hactenus Antinomia. Argumento autem Marcelli, quod eſt in *l.* 14. Julianus non utitur in *l.* 9. §. 1. Proinde nec ea parte contrarietas imputari poteſt. Hoc igitur ſolummodo colligitur ex harum legum collatione; Argumentum Marcelli ex iis eſſe quæ ſæpe, non ſemper obtinent: ſaltem non valere ſemper in contrarium ſenſum; verum ſit hoc; *Condictio ex conſumptione non datur ei qui pecuniam petere non potuiſſet, ſi Dominium ejus ſtatim in accipientem fuiſſet tranſlatum.* Attamen non eſt neceſſario vera poſitio inverſa; condictio ex conſumptione ſemper ei datur qui pecuniam petere potuiſſet, ſi dominium ſtatim in accipientem tranſiiſſet. Poteſt enim fieri, ut res aliter ſe habeat; ex ſingulari æquitate facti, ut in præſenti exemplo. Donatam filio pecuniam & ab hoc creditori ſolutam, pater repetere non potuiſſet, ſi dominium ejus ſtatim in creditorem tranſiiſſet. Et tamen poteſt eam condicere, quia filius illam in Patris fraudem alienare non potuit. Aliud exemplum, quo fallit argumentum Marcelli, videbimus

Digitized by Google

binus ad finem Cenſuræ ſequentis. Quarum Legum poſitiones non pugnant, inter has Antinomia ſtatui non debet, quia ſpecies & deciſiones earum non bene congruunt. Non opus eſt igitur Ulpianum & Tribonianum inſimulare, quod Juliani & Marcelli diſſenſionem haud animadverterint, quæ magis eſt, ut hac parte nulla fuerit: Etſi Cujacio de antinomiâ Faber adſentitur *in Rational.* Ego quod adſequi potui, dixi.

Ulpianus Lib. XII. Diſputation.

Si ego pecuniam tibi quaſi donaturus dedero, tu quaſi mutuam accipias, Julianus ſcribit, donationem non eſſe: ſed an mutua ſit, videndum. Et puto, nec mutuum eſſe, magiſque nummos accipientis non fieri, cum aliâ opinione acceperit. Quare ſi eos conſumpſerit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia ſecundum voluntatem dantis nummi ſunt conſumpti l. 18 *d. Reb. Cred.*

1. Bimembris locus duplicem quoque Cenſuram experitur. Prima, quod Ulpianus hic nimis argute contra ſenſum communem, negat tranſire dominium, ubi dominus rem tradit, cum intentione alienandi, & alius ſimili cum animo rem eandem ſciens accipit. Quam communem ſequutus rationem Julianus, maximæ ſui temporis Juris Conſultus auctoritatis, ita ſcribit in *lib.* 13 *Digeſt. Cum in corpus quidem, quod traditur, conſentiamus, in cauſis vero diſſentiamus, non animadverto, cur inefficax ſit traditio. Veluti, ſi ego credam, me ex teſtamento tibi obligatum eſſe, ut fundum tradam; tu exiſtimes, ex ſtipulatione tibi eum deberi. Nam & ſi pecuniam numeratam tibi tradam, donandi gratiâ, tu eam quaſi creditam accipias, conſtat proprietatem ad te tranſire: nec impedimento eſſe, quod circa cauſam dandi atque accipiendi diſſenſerimus l.* 36. *d. A. R. D.* Theſin primo collocat Julianus: Diſſenſio in cauſa, id eſt, titulo dominii, non impedit ejus translationem, ſi animus alienandi mutuus in eandem rem concurrat. Exemplum profert, de quo forte conſultus erat, & de quo dubitatum fuerat. Deciſio petita eſt à ſimili exemplo, quod ſit extra dubium, uſuque receptum, ut indicat voce CONSTAT, ac eſt idem, de quo in hoc textu Ulpianus tamen contrarium ſtatuit. De facto equidem credendum videtur, Juliano, ipſius tempore: nam vetuſtior eſt Ulpiano; fuiſſe ita receptum in foro, quod dominium hoc caſu tranſiret. At ex ratione Juris, Ulpianus contra ſentit, neque tam malè, ut Cenſuram mereatur, etſi pro Juliano prolixe diſputat Faber *hic.* Nec enim ratio patitur, ut ſine acceptatione quicquam juris è Contractu in alium tranſeat; & ſpecialiter de donatione conſtat, eam non valere, nec jus in alium transferre, niſi per & poſt acceptationem, quæ per pactum vel ſtipulationem committitur *l.* 10. *d. Donat. l* 35. §. *ult. C. eod.* Quando igitur donationem factam alter non acceptavit, donatarius etiam non fit dominus rei donatæ. *l.* 6 *de Donation.* Atqui in hoc caſu Donatio non eſt acceptata, proinde nec dominium transferri potuit. Accepta eſt pecunia quaſi Mutua; ſed nec mutuatarius aliter eſſe poteſt, quam mutuo conſenſu, dantis æque ac accipientis; Atqui dator hic non conſenſit in mutuum, Proinde nec ita potuit acquiri dominium: adeoque

Digitized by Google

que plane non. Julianus acquiſitionem dominii abſtrahit à cauſis acquirendi, quod ratio non patitur, ut effectus ſine cauſâ ponatur. Sit hoc populare, non eſt juridicum, ut Ulpiano viſum, qui hoc diſputando facile ſuſtineat. Nec forte Julianus id præfractè contendat, ſi rectè putarunt, quos ego *ſequutus* ſum, *in parte* 2. *Digreſſ. lib.* 2. *c.* 6. Legem XVIII. ita accipiendam, ut partes de cauſâ mutui, an donationis peremptoriè diſſenſerint. In l. XXXVI, diſſenſum fuiſſe generoſum magis, quam irreconciliabilem; pecuniâ mutuo petitâ ab amico, ut mutuum eſt contractus beneficus, illum dediſſe velut donatam; hunc ut Mutuam accepiſſe: non tamen adeo valide abhorrentem à liberalitate amici, ut hanc nullo modo, cum alter ita pertendat, admiſſurus ſit. Hac tacitâ συγχωρήσει intellectâ, ne quidem Ulpianus, dominium tranſire negaverit. Diſſenſione peremptoria partium manente, nec Julianus, credo, tranſlationem dominii juridicam eſſe contendiſſet. Sic Antinomia deſinere poſſit in Eunomiam ſatis, ut videtur, popularem.

2. Altera Cenſuræ pars eſt in hanc ſententiam; Rogavi à te pecuniam mutuo, Tu mihi donaſti, quantum petii. Ego conſumpſi. Dein tu repetis pecuniam quaſi mutuo datam. Ego excipio: Tu dolo facis, qui profeſſus te donare, jam repetis, ut mutuum. Replicas, Verum eſt, me donationis titulo uſum, ſed tu non acceptaſti ut donatum, Accepiſti ut mutuum, Beneficium non datur invito. Redde igitur, ut mutuum, quod ut donatum habere noluiſti. Ulpianus ait, doli exceptionem competere & prodeſſe debitori, in *hac l.* 18. Adverſus hanc Cenſuræ partem Autumnus & laudatores ejus, ita exiſtimant; Condictionem pecuniæ donatori cum effectu eſſe dandam, nullâ exceptione donatarii, quam dat Ulpianus, admiſſâ; quia donatio nulla fuit, utpote non acceptata. Sic eſt quidem, ac ideo datur ipſo jure condictio pecuniæ, *h. l.* 18. ſed hoc tamen non mutat animum donandi, quem penes Creditorem fuiſſe tempore traditionis intelleximus. Proinde, non habet ipſe querendi cauſam, quod pecunia conſumpta non reſtituitur. Quin reſtitui volens conſumptum, quod donatum voluit ipſe, dolo carere non videtur; cujus ideo pati debet exceptionem. Tu dices, Donatio non acceptata poteſt revocari, ſine fraude, quia perfecta non eſt, *per rationes & textus ſuperiores.* Cur igitur revocanti & repetenti pecuniam, doli mali obſtet exceptio? Dic; Vel, quia non dicitur hic, revocatam eſſe donandi declarationem, ideoque adhuc ab accipiente potuiſſe acceptari; vel re integrâ, non poſt conſumptionem, faciendam fuiſſe revocationem; denique, eum qui pecuniam accepit, induxiſſe animum deinceps, ut & donatam ſibi vellet, ac ita conſumpſerit, voluntati dantis convenienter & obſequenter.

3. Sed eſt alia ratio, per quam non dari omnino condictionem ex conſumptione, donanti, vel, qui donare ſe dixit, adſtrui poteſt: Argumentum Marcelli in *l.* 14. *h. t.*; Condictio non datur ex conſumptione, quando non daretur actio, ſi dominium ſtatim fuiſſet tranſlatum. At hic, ſi dominium ex donatione ſtatim fuiſſet translatum, non daretur actio. Ergo nec dominio non tranſlato, competit danti Condictio. *Antonius Faber* hoc ſyllogiſmo ſubactus, condictionem hujus loci non putat eſſe condictionem Certi, ſed condictionem

Digitized by Google

ſine cauſâ. Cui obſtat argumentum Rubri ad Nigrum; In hoc titulo agi de Condictione Certi, ut habet Rubrica; quam proinde per condictionem ſimpliciter dictam intelligi oportet. Præter quod Marcellus æque de Condictione ſimpliciter dictâ loquitur, quàm hic Ulpianus. Videndum, an non ita ſit dicendum; Marcelli Regulam cæteris Juris Conſultis ex earum numero eſſe viſam, quæ ſæpe, non ſemper obtinent, ut nos etiam *ad d. l.* 14. obſervavimus. Si quis tamen ad condictionem ſine cauſâ magis inclinet, aliena non eſt à natura negotii. Denique, Cenſuræ cauſam non ſine cauſâ amoliri poſſe videmur.

Julianus Lib. XVIII. Digeſtor.

Si tibi pecuniam donaſſem, ut tu mihi eandem crederes, an credita fieret? Dixi, in hujusmodi poſitionibus non propriis verbis nos uti. Nam talem pecuniam neque donationem eſſe, neque pecuniam creditam. Donationem non eſſe, quia non eâ mente daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret. Creditam non eſſe, quia exſolvendi cauſâ magis daretur, quam alterius obligandi. Igitur ſi is, qui pecuniam hac conditione accepit, ut mihi in creditum daret, acceptam dederit, non fore creditam. Magis enim meum accepiſſe intelligi debeo. Sed hæc intelligenda ſunt propter ſubtilitatem verborum: benignius tamen eſt, utrumque valere l. 20. d. Reb. Cred.

1. Difficilius erit, hunc Juliani locum tueri adverſus Cenſuram Antonii Fabri, quam ſuperiorem Ulpiani defendimus, & cum Juliano conciliare viſi ſumus. At heic loci quomodo adhuc eſt, nihil habeo ad Eunomiæ noſtræ vindicias, quàm ultima verba, quibus ipſa Juliani ſententia improbatur & rejicitur: ſed omnino perſuaſus ſum, eſſe verum, quod Faber exiſtimat, ne ſemper & ex inſtituto ab ejus conjecturis & Rationibus diſcrepare videamur, illa verba non eſſe Juliani, à quo nonniſi ineptiſſimè ſubjici potuiſſent diſputationi & deciſioni tam πραγματικῶς ab ſe collocatæ. Subjecta ſunt igitur à Triboniano, quod malo, quam à librariis Florentino libro antiquioribus. Adjecit autem, ne repugnaret hic locus ſententiæ Hermogeniani, *Eâ lege*, ſcribit is; *donationis cauſâ, pecuniâ Titio numeratâ, ut ſtatim donatori mutuo detur, non impeditur translatio, ac propterea iiſdem nummis donatori creditis, novum dominium in his quæritur l. 33. §. 1. d. Donat.* Specialiter autem Julianum notat Marcellus ejus æmulus in *l. 67. d. Solut.* Ubi propoſita non abſimili ſpecie, ſubjicit, *Etſi hoc male à quibuſdam in dubitationem deducatur; quod non poſſit videri, is qui ita accepit, ut ei, à quo accepit, retro reddat, ſolviſſe potius quam deceſſiſſe*; vel potius *dediſſet*; ut habuit vulgata; *reddidiſſe*, Faber; *Accepiſſe* Haloander. Nam *dediſſet* Contii minus convenit. Tu vide ſis, an *deceſſiſſe* Florentinum retineri poſſit, eo ſenſu, quo decedere poſſeſſione, aut aliâ quâ re dicimur, nullo jure retento; quemadmodum decedere ſumitur cum paſſim, tum in *l. 1. Si ventr. nom. l. 1. §. ult. Quib ex cauſ. in poſſ.* ut ſenſus ſit, eum, qui pecuniam ſibi donatam, ut eandem mutuo redderet, accepit, reddendo, non facere creditam; ſed nihil agere, quam ut *decedat* pecuniâ, quod volebat Julianus; Sed abſque ratione, ut Marcellus & Hermogenianus recte putarunt. Quid enim incivile eſt

eſt in hac ſpecie? Volo tibi donare pecuniam, quâ tamen ut nunc eſt, carere non poſſum. Dono tibi tamen, & inſtrumentum donationis tantæ pecuniæ trado; ſed hoc pactô ſeorſim initoꝫ ut nummos ita jam tuos factos mihi reddas mutuo, & uſuras ejus à me percipias. Ne Argutia quidem ipſa quicquam in eo, quominus id fieri poſſit, redarguere poſſit. Non defendimus igitur Julianum; ſed Eunomia bene habet, & per textus oppoſitos jam exhibitos, & per clauſulam in hac ipſâ L. Tribonianeam, quæ facit etiam, ne ſit Antinomia inter *d. l.* 33. §. 1. *& hanc l.* 20. ſecus ac alii volunt. Inſtare quidem aliquis poſſit, non fuiſſe Triboniano faciendum, ut Juliani ſententiam copioſe expoſitam Pandectis duntaxàt insereret, ut mox eandem obelo confoderet; quod ſi verum eſt; tamen eſt verius, in Arte magna ad extremam Cenſuræ lineam non eſſe progrediendum.

Julianus Lib. XLIII. Digeſtor.

Quidam exiſtimarunt, neque eum qui decem peteret, cogendum quinque accipere & reliqua perſequi. Sed in utraque cauſa humanius facturus videtur, ſi actorem compulerit ad id, quod offeratur, cum ad officium ejus pertineat, lites dirimere l. 21. d. Reb. Cred.

1. Negat hoc convenire moribus hodiernis & Æquitati *Autumnus*, cum mores ad æquitatem maxime ſint facti; Etſi rurſus mirum videri poſſit humanitatem Prætoriam, & litium finiendarum hodie diſplicere favorem. Sed quid hoc ad minuendas lites faciat, non immerito Cenſor aliquis acutior requiret; cum ob partem debiti, æque moleſta, diuturna, ſumtuoſa lis ſit, quam ob totum. Unde, ſi cui de toto debito agenti pars offeratur, & oblatio acceptetur, ut hic locus præcipit, attamen lis eodem modo, quo cœpta fuit, procedit: ut quam finiendæ litis vim hæc oblatio particularis obtineat, non admodum liquere videatur, nec adeo coactionis illius Prætoriæ uſum & effectum in Foro, ubi Jura diguruntur, obſervare licuit: Quod autem uſum non habet jus, id non eſt viri prudentis inculcare. Et quidem, ob hanc cauſam Antonius Faber hoc temperamentum putat eſſe à Triboniano cum hic, tum in Ration. *ad l.* 27. §. 5. *d. Pact.* Quod ſi verum eſſet, ut ipſe aliunde non perſuadet, & eo facilius negatur quod non probatur, hæc tamen obſervatio & objectio maneret eadem. Enimvero, ſi unum ſit debitum, idemque totius cauſæ meritum, quid compendii ſit, in hac oblatione particulari, ego non magis, quam Autumnus aut Faber ſciunt, dixerim: Incommodum vero Creditoris, è ſolutione particulari ob oculos eſt *l.* 3. *ff. Famil. erciſc.* Plane, ſi plura ſint debita, res habet uſum; Facilius enim finitur lis unâ de re, quam de pluribus: Et forte non erit hoc ſpernendum; accepta parte debiti propius abſunt partes à Tranſactione, quæ habet favorem litium finiendarum. Rurſus uſu veniet rogari; Si Creditor nolit accipere partem debiti oblatam, quâ ratione Prætor eum coget, cum ad factum nemo cogi poſſe dicatur ex *l.* 13. *in fin. d. Re judic. l.* 68. *l.* 81. *l.* 113. §. *ult. d. V. O.*? nec id unquam videre mihi contigit in Foro. Dicendum, non eſſe coactionem hanc abſolu-

Digitized by Google

tam, ut ſi nolit accipere creditor quod tanquam liquidum offertur, pecunia deinceps ejus periculo ſit, ſecundum *l.* 72. *in pr. d. Solution.* Hæc uſum habent.

Ulpianus Lib. x. ad Edictum.

Civitas mutui datione obligari poteſt, ſi ad utilitatem ejus pecuniæ verſæ ſunt. Alioquin ipſi ſoli, qui contraxerunt, non Civitas tenebitur. l. 27. Reb. Cred.

1. Magnitudine bellorum, quæ geruntur hoc ſeculo, diſſolutione Regiminis, & eorum qui Ærario præſunt negligentia, ne quid amplius dicam, vel quacunque ratione fieri videmus, ut his maxime temporibus Civitates & Reipublicæ immenſo ære alieno ſint gravatæ; Cujus Actiones & obligationes in liquidiſſimo habentur patrimonio, & nihil crebrius aut expeditius eſt in commercio, quam Actiones & obligationes in Reſpublicas & Civitates. Quod ſi verum ſit, quod hic locus præ ſe fert, ex ejusmodi obligationibus actionem non dari, contra ipſas Civitates; niſi à parte Actoris probetur, pecuniam in rem civitatis communem eſſe verſam, vix unius aſſis fuerint, obligationes centenorum & amplius aureorum. Quo pacto enim creditores privati homines ſcire poſſent, an pecuniæ Rebus publicis mutuo datæ, in utilitatem publicam verſæ fuerint? cum ipſi rebus Civitatis non præſint, nec id jus, prorogando pecunias mutuo, adipiſcantur, ut legem dicere vel rationes exigere poſſint à Rectoribus Civitatis, quomodo illi pecuniam creditam adminiſtrent, vel cui rei impendant; cujusmodi curioſitas etiam in privatis ferenda non ſit *arg. l.* 19. *in fin. d. Novat.* Habebat quis ſervum merci oleariæ præpoſitum Atelatæ: eundem & mutuis pecuniis accipiendis. Acceperat mutuam pecuniam; putans creditor ad merces eum accepiſſe egit propoſita actione; probare non potuit, mercis gratiâ eum accepiſſe. Licet conſumpta eſt actio, tamen Julianus utilem competere, ait, *l.* 13. *in pr. d. inſtit. act.* Idem Africanus, in *l. ult d. Exercit. act.* prudenter addens, non oportere Creditorem ad hoc adſtringi, ut ipſe reficiendæ navis curam ſuſcipiat, ideoque dandam eſſe actionem, etſi probare non poſſit, pecuniam in refectionem navis eſſe conſumtam, quod magiſter navis præ ſe tulerat. Si hæc in iis, qui privatorum adminiſtratoribus crediderunt, obtineant, quanto magis in his, qui Civitatibus crediderunt, locum habere debent? non modo, quia Civitates privatorum loco habentur, *l.* 16. *in fin. d. V. S.* ſed etiam, quia Creditor Civitatis adverſus hanc difficilius urgere poteſt, ut ipſe rebus adminiſtrandis interſit publicæque rei curam ſuſcipiat, ut probationi cauſæ ſuæ invigilet, quam id in privatis fieri poſſit. Ac ideo ſatis inauditum eſt moribus horum temporum, ut ejusmodi probatio à Creditoribus Civitatum exigatur: Et ſi exigeretur, nihil eſt certius, quam Civitates à nemine pecuniam mutuo eſſe impetraturas. Hæc, quam male conſultum ſit eâ parte, Jure Romano & Ulpiani hoc loco ſententiâ, abunde ſignificant. Danda eſt opera, ne tam paradoxa Juri Romano hæreat nota, ſi poteſt removeri.

2. Inquiremus primo, in caſus, quibus hæc poſitio adfinis, applicari tamen non poteſt, ut remotis caſibus huc non pertinentibus, abſurditas tollatur aut

Co-

coarctetur. Non deſunt, ait Faber *ad hunc loc. qui putant, ſufficere ad obligandam Civitatem ſimpliciter*, ſine tali onere probationis, *ut per eos ſit accepta pecunia, qui Civitatem repræſentant, id eſt, qui ſunt legitimi Civitatis adminiſtratores:* Sed hæc limitatio diſplicet Fabro; *Quaſi hæc lex*, inquit, *reſtringenda ſit ad caſum, quo Civitatis nomine, mutuam pecuniam is acceperit, qui accipiendi jus nullum habuit, hoc eſt, qui Civitatis adminiſtrator non fuit.* Sed mihi certum eſt, non vidiſſe Fabrum, quid Zaſius, qui ſic docet, per REPRÆSENTANT, intelligat. Poteſt ea vox hoc loco bifariam accipi: Primo, quando Adminiſtratores Civitatem ita repræſentant, ut quicquid hi fecerint, hoc Civitas ipſa feciſſe videatur; cujusmodi Repræſentatio non niſi in Civitate libera, quæ Summum à Civibus in ſe delatum habet Imperium, reperitur, quemadmodum à nobis demonſtratum eſt in *lib.* 1. *de Jur. Civit. ſect.* 2. & qualis in Civitatibus, quæ membra ſunt majoris Imperii, de quibus hic locus ſine dubio loquitur, non exiſtit, ut probavimus in *lib.* 2. *d. Tract. ſect.* 3. *cap.* 6. Ac ideo hæc ſignificatio ad hunc locum primo quidem adſpectu non pertinet: Infra tamen uſu veniet. Secunda ſpecies Repræſentationis eſt, quâ Rectores Civitatis habent omne jus regiminis, quod Summa Poteſtas iis, regendæ Civitati conceſſit. *d. cap.* 6. Prior repræſentatio eſt independenter; Poſterior à ſummâ poteſtate Reipubl. dependet: Talis à Zaſio intellecta, bene & rectè huic loco applicetur: Si tales pecuniam acceperint mutuo, in tali caſu, quo illis à ſummâ poteſtate permiſſum eſt obligare civitatem, cum hactenus civitatem repæſentent; idem juris eſſe oportet, quod ſi privatus contraxerit, eſt, ut teneatur civitas ex eo ſolo quod Rectores cotraxerunt, etſi non probetur in rem verſum. Si Adminiſtratores rei pecuniariæ, Quæſtores, etiam pecuniis mutuo accipiendis præpoſiti, quales plerumque dari conſtat in Rebuſpublicis, mutuum ſumſerint, abſque ſpeciali mandato, in his locum habebit hujus loci ſententia, nec in iis valebit exceptio Fabri, quod tales à Quæſtione de creditis pro civitate pecuniis, omnino ſint alieni: nec ullum jus mutuum ſumendi habeant; cum in eodem ſtatu juris hac parte videantur, quo ſunt hi, qui à privatis quibusdam ſuis rebus præpoſiti ſunt adminiſtrandis, de quibus agunt textus ſupra dicti. Sit igitur hoc primum ſententiæ hujus legis præmunimentum; Qui totum habent regimen Civitatis, ut hanc ipſam dependenter à Superiori Poteſtate repræſentent, hi jus habent pro Civitate mutuam ſumendi pecuniam, & Civitas tenebitur Creditoribus, etſi non probent, verſas eſſe pecunias in utilitatem communem; quod pro jure factoque eorum qui habent omne regimen Civitatis, præſumendum eſt; Si vero Adminiſtratores, qui non habent omne regimen Civitatis utcunque à ſummâ poteſtate dependens, acceperint mutuum; Civitatem non aliter obligari dicendum eſt, quàm, ſi probetur in rem ejus verſam eſſe pecuniam, ut eſt in hac *l.* 27. ut nec opus ſit hanc legem de aliis, quam de ejusmodi adminiſtratoribus rei pecuniariæ Civitatis interpretari.

2. Sequitur alia Poſitionis, quæ eſt in hac L. limitatio; Quoties ipſa Civitas mandatum ſpeciale ſuis Adminiſtratoribus, qui non habent omne regimen Civitatis, impertitur, accipiendi pecniam mutuo, obligatur abſolute neque tenetur ad probandum de in rem Verſo Creditor; quia perinde

Digitized by Google

eſt ac ſi ipſa pecuniam immediate mutuo ſumpſiſſet, ut è textibus ſuprà citatis, & tota Mandati natura patet; exemploque rei judicatæ firmat Sandius in *lib.* 3. *Deciſ. tit.* 2. *def.* 3. Quod ſi abſque mandato ſpeciali, ab his qui non habent ſummum Civitatis regimen ſed patrimonio tantum publico præſunt, Mutuum ſit contractum, ex eo non dari Creditoribus actionem, niſi ſub lege probandi in Rem verſum, nonniſi ſummâ ratione ſtatuitur. Verum an ex hujuſmodi contractu Civitas quâ talis & quatenus patrimonium publicum ferat, duntaxat teneatur, eſt alia quæſtio, de quâ ſpiſſe actum in *Prælect. ad h. tit. n.* 10. hac ſumma, quod cives ad contributionem de ſuo peculiari, ex obligatione Magiſtratuum ſuorum, non teneantur, niſi in Civitatibus, quarum Rectores habent jus Regalium & nominatim imperandi pecunias. Ex ſpeciâli mandato duntaxat hi tenentur, qui conſenſerunt; Nam ut pars major comprehendat voluntatem minoris, id in rebus & in bonis publici univerſitatis patrimonii, bene procedit; ſed ut Rectores civitatis municipalis in rebus ad patrimonia privata ſpectantibus, ſingulos obligent abſque præſcripto ſummæ Poteſtatis; id notiſſimos regiminis municipalis terminos excedit, & prærogativa partis majoris eſt virtus Recturæ publicæ, nec ad jura vel bona ſingulorum pertinet, ut jam diximus in *lib.* 2. *de Jur. Civit. ſect.* 3. *c.* 1. *n.* 36. *& ſeq. & cap.* 6.

Paulus Lib. v. ad Plautium.

Qui pecuniam creditam accepturus, ſpopondit creditori futuro, in poteſtate habet, ne accipiendo ſe ei obſtringat l. 30. *d. Reb. Cred.*

1. Quærens pecuniam mutuam adiiſti me, non averſantem boni nominis occaſionem. Addixi tibi pecuniam in Kalendas Majas: Scripſimus, ut parata eſſent omnia, ſtipulationis inſtrumentum, quod ego ſervo. Kalendis Majis, tu nullus ades. Convenio te, ut accipias numerandam pecuniam. Reſpondes, nihil opus eſſe tibi pecuniâ. Hoccene ſatis eſt? inquam. Reſpondet Paulus, habere te poteſtatem, non accipiendi nummos, nec contrahendi obligationem. Quid eſt ludibrio habere fidem & commercia, ſi hoc non eſt? *Sicut initio libera poteſtas unicuique eſt, habendi vel non habendi contractus, ita renunciare ſemel conſtitutæ obligationi, adverſario non conſentiente, nemo poteſt l.* 5. *C. de Obl. & Act.* Ne longa ſit reſponſio; de contractu perfecto ita vult ratio, ut indicat regula *d. l.* 5. Mutuum eſt contractus, qui re perficitur, nec ante numerationem, ullam vim habet. Mutuum non poteſt eſſe, niſi proficiſcatur pecunia *l.* 2. *§.* 3. *d. Reb. Cred.* Hic autem nihil pecuniæ profectum aut numeratum eſt. Proinde, Quomodo hic ſe res habet, nihil profertur, quare fides eludi videatur, aut cur Jure Canonico ſecus eſſe receptum dicatur, ut Buſius & Brunemannus *hic* monent, ex eo, quod Canones ex quovis pacto dant actionem; ſane ita, ſi quid intereſſit alterius. Id hic non proponitur; Mutuum eſt contractus beneficus & gratuitus, quod non poteſt contrahi in plus quam datum eſt, *l.* 17. *in pr. d. Pact.* Tu promiſiſti mutuum in Kalendas Majas; hoc eſt, ut mihi ſubvenires officio benefico, ſic enim eſt natura Mutui. Dices, hauddubiè convenit de uſura, cujus expe-

expectatione debitor fallit creditorem, qui aliunde bonam uſuræ conditionem habere potuiſſet. Sed in hac quidem Lege nulla fit uſuræ mentio, quæ nonniſi per expreſſam ſtipulationem accedere poteſt *l.* 3. *C. de Uſur.* de qua nihil *hic.* Plane, ſi adjecta ſit uſuræ ſtipulatio, non ipſa quidem uſura, quæ ſine uſu ſortis nulla eſt, debetur, attamen non diſſenſerim hoc caſu à Jaſone & Zaſio, qui in id quod intereſt actionem tribuunt, *arg. L.* 122. *in pr. d. V. O.* etſi Faber ne hanc quidem dare videatur, dum nihil in hac ſtipulatione, quam verborum ſones eſſe ſcribit, unde ſummo quidem jure naſcatur obligatio, ſed doli exceptione elidenda, per *l.* 2. §. 3. *d. doli & met. except.* ubi de ſtipulatione ſine cauſa, quod huc male, ni fallor, applicetur; nec enim hic omnis cauſa deeſt, ubi uſuræ ſunt promiſſæ, jure licitæ, quibus facto alterius careo.

2. Quid autem? an creditor eodem modo poteſt eludere debitorem? Adiiſti me rogans Mutuum in kalendas Majas. Addixi. Tu Kalendis Maji accedis, cum ſacco & chirographo paratus. Ego frigide reſpondeo; non habere me pecuniam. Numquid habes actionem contra me, in id quod intereſt? An vero æquè habes in poteſtate, ne mihi numerando me habeas obligatum; ut debitor habet in poteſtate non accipiendi mutuum *d. l.* 30? Ita ex argumento correlativorum colligi Zaſius, ad hunc locum; ſed videndum, ne non ſit eadem ratio, in actu non accipiendi Mutuum, quod eſt contractus beneficus, & eludendi promiſſionem ſubveniendi amico, pecuniæ egenti, in ipſo ejus utendæ & explicandæ articulo, factam. Non poſſe quidem ad dandum & credendum cogi creditorem, Contractu non perfecto, verum eſt, ſed eſt fidei non ſervatæ in dando beneficio major deformitas; quam ex beneficio, contra quam dictum erat, non acceptato, ſepoſitâ uſuræ ſperatæ ratione, cujus etiam minime tantus eſt favor, quanti ſit, officium amico ſubveniendi. Denique, in id quod intereſt, danda videtur actio debitori eluſo, quod in Creditore non habet terminos habiles, ſine ſpeciali ſtipulatione uſurarum.

Modeſtinus lib. x. Pandectarum.

Principalibus conſtitutionibus cavetur, ne hi, qui provinciam regunt, quive circa eos ſunt, negotientur; mutuamve pecuniam dent, fœnuſve exerceant l. 33. *d. Reb. Cred.*

Ant. Matthæus *diſp. fundam. Jur. th.* 33. *ex Connano* 7. *comment. c.* 2. *n.* 1. *Quod ajunt, qui in Provinciis cum Imperio & poteſtate ſunt dare mutuum prohibentur, l.* 33. *ff. de Reb. Cred. Perquam inhumanum & illiberale eſſe, nullâque ratione fundatum videtur.* Ita Viri Clariſſimi. Reſponſionis loco erit Limitatio partim arceſſita, partim exegetica hujus conſtitutionis. Arceſſita, quod non habeat locum in Præfectis, & Magiſtratibus eorumque miniſtris officialibus *perpetuis*, ſed temporariis tantum, qui ad exiguum tempus ſuæ præfecturæ, ſine graviori incommodo, facultate fœnus exercendi carere poſſunt. Exegetica limitatio duplex eſt, quod Mutuum contractus ille beneficus non prohibetur Præſidibus, ſed mutuum fœnebre: nec ejuſmodi ſimplex Mutuum, ſed profeſſio negotiandi

di & fœnus exercendi. Proinde ſicut una hirundo non facit ver, ita nec unus alterve contractus ejus generis: ſed exercitium ejus & negotiatio. Proinde, verba textus *negotientur*, *pecuniamve mutuam dent*, *fœnuſve exerceant*, conjunctim & confertim accipienda ſint, in eum quem diximus, ſenſum; ejus autem rei talis eſt ratio, quæ nullum Cenſuræ periculum incurrit. Cum notæ ſatis ſint ex hiſtoria, Magiſtratuum provincialium avaritia, rapacitas & exactiones, quibus iſta negotiandi fœnoribus licentia copioſum daret prætextum & occaſionem: quando & emendi facultas multo magis neceſſaria iiſdem Provinciarum Rectoribus interdicitur; ut videbimus *ad l.* 46. *d. contrab. empt.* Adde ſis Mæſtertium in *lib.* 2. *d. Juſt. leg. Rom. c.* 19.

Papinianus Lib. I. Definition.

Cum ad præſens tempus conditio confertur, ſtipulatio non ſuſpenditur; &, ſi conditio vera ſit, ſtipulatio tenet, quamvis tenere contrabentes conditionem ignorent: Velut, ſi Rex Parthorum vivit, centum millia dare Spondes? Eadem ſunt & cum in præteritum conditio confertur l. 37. *d. Reb. Cred.*

1. Hæc ſponſio eſt ex earum genere, quas multi prohibitas arbitrantur: *Nullum enim in his virtutis certamen inſtituitur, & lucrum inde captum pro turpi habendum*, ait D. Wiſſembach *ad tit. de Aleator.* juxta *l. penult. d. Aleator.* Cujuſmodi ſpecimen Ameſius etiam putat eſſe ſponſionem à Samſone contractam cum Philiſtæis, *Judic.* 14. in *lib.* 5. *de conſc. c.* 45. *n.* 5. Hic autem Papinianus ſtipulationem tenere docet, ſuper re, nihilo magis ad virtutem ſpectante, *Si Rex Parthorum vivit?* Vel ſi Græci expugnaverint Trojam; ſi Gallus vicerit Hiſpanum, quæ exempla ponit D. Wiſſembach. Quod attinet ad differentiam temporis futuri, & præſentis, vel præteriti, hoc ut ratione valoris incontinenti vel deinceps æſtimandi intereſſe poteſt, ut Papinianus indicat, ita quod ad hujus meritum quæſtionis attinet, nihil refert; cum virtutis ſtudium nihilo magis ſit, in quæſito de præſenti, quam de præterito, & qui has ſponſiones improbant, exempla promiſcuè ponunt, ut Ameſius in facto Simſonis, quod erat præteritum, & Wiſſembachius in ſponſione Azonis & Lotharii, de proprietate vel exercitio meri Imperii, quod erat ſtatus præſentis. Præter quod incertitudo, quæ eſt in opinione vel ſcientiâ partium, non magis ad differentiam & meritum obligationis, quam quæ eſt in re ipſa, pertinet; Cum in ipſis rebus nihil incertum ſit. *Nec ideo*, inquit Paulus, *rerum naturam intueri oportet, in quâ omnia certa ſunt, cum futura utique fiant, ſed noſtra inſcientia adſpici debet l.* 28. *in fin. de Judic.* Denique, tales ſponſiones, quæ non fiunt virtutis causâ, non valere multis viſum eſt, Theologis, JurisConſultis, & integris populis, ut teſtis eſt *d. locis* Wiſſembachius noſter.

2. Neque tamen deſunt, qui ſponſiones de rebus incertis valere ſtatuunt, *dummodo non interponantur ſuper ſubjecto inhoneſto, nec bonis moribus repugnent*; verum in ἀδιάφορον, *indifferens*, ad tralatitiam curioſitatem vel ſtudia hominum fortuita pertinens, ut ſunt exempla hujus loci à Papiniano, tum

reli-

Digitized by Google

reliqua à diſſentientibus popoſita. Quippe ad obligationem producendam ſufficere, quod non ſit turpe vel prohibitum, de quo agitur, ſatis conſtat §. *Quod turpi 22. I. de Inutil. ſtipulat.* Textus in *d l. penult d. Aleator.* ſimpliciter, valere ſponſiones ſuper rebus, de quibus ludere permiſſum eſt, adfirmat; De non turpibus non eſſe licitum tacere ſponſiones, minimè docet. Denique, ſi problema non ſit inhoneſtum, vix eſt, ut non Studii aliquid decori in judicatione rerum incertarum, ad ingenia exercenda verſetur, etiam in ejuſmodi, qualia diximus, exemplis: Eſt enim utilis & laudabilis illa curioſitas in res dubias incognitas, ſi ad nullius læſionem tendant, inquirere; ſive ad arcana ſcientiarum, Politicæ, rerumque geſtarum, vel etiam ad futura conjicienda pertineant, quo ſpectat illa præclara divinandi ars, quam Cicero ſibi, & Plutarchus Ciceroni adſcribunt, de quâ diximus in *Prælect.* ad *Tit. de Aleator.* Quid vetat, ſi honeſtum eſt in talia certatim inquirere, ſtudium illud ſponſionibus intendere pecuniariis?

4. Una eſt ratio, ex intimâ Philoſophiâ Juris deprompta, quam urget Herbajus noſter in *libr. rer. quotid. cap.* 1. ſane quam eleganter; inprimis ubi agit de ratione, quam diſſentientes adferunt, in ejuſmodi ſponſionibus *nullam eſſe cauſam*; At ſtipulationes causâ carentes non habere juris effectum, docet *lex* 2. §. 3. *d. dol. & met. except.* Ad hanc rationem, qui ſponſiones probant, ajunt, *ſponſionem ſatis firmari per ſtipulationem; quæ per ſe cauſa eſt, & ſatis efficax ad producendam actionem*, ut D. Sandius loquitur, in *lib.* 3. *Deciſ tit.* 9. *def.* 3 ex ſententiâ *Bartoli*, & aliorum, è quibus ex profeſſo id agit Parladorius in *lib.* 2. *rer. quot. c* 3. *n.* 55. & 56. Cauſa in hac quæſtione aliter ex ratione juris antiqui, aliter hodierni accipienda videtur. Olim ſtipulatio per ſe non valebat, ſed aut contractibus, aut pactis conſolidandis adjiciebatur, ut *in Prælect. ad tit. I de Verb. Obl. & ſuprà ad l.* 7. §. 12. *d.* Pact. demonſtravimus; Unde nomen ſtipulationis, à ſtipulo, quod firmum ſignificat, derivatum fuiſſe docet Juſtinianus *in pr. I. de V. O.* Stipulationem igitur ſemper aliquis contractus aut pactum conventum præcedebat, quod aut quem ſtipulatio ſubjecta obſignabat. Hoc hodie ita non fieri ſatis conſtat: ſed Contractus & Pacta per ſe valent abſque ſtipulatione; Et hæc ſola ſine alia conventione præviâ ſubſiſtit, modo ſuper negotio habili & juſto, quod conſtet, ineatur; quod proinde pro cauſa nunc unicè habendum eſt, ac etiam ipſo jure antiquo ſufficere potuiſſe videtur, ad obligationem ex ſtipulatione producendam; ut quemadmodum aliæ contractuum ſpecies re aut verbis literiſve perfectæ, virtute ſuæ materiæ ſubſiſtebant, ita quoque verborum obligatio habilitate ſui ſubjecti contenta eſſet Ut, ſi quis alii promittat ſtipulanti centum, animo donandi, non ſit dubium, quin ſtipulatio valeat, perinde ac hodiè pactum §. 2. *I. de Donat l.* 35. §. *ult C. de Donat.* Quin ſi conſtet, eſſe factam à ſciente volente promiſſionem dandi, non eſt quod donandi animum præſumere cunctemur *l.* 53. *d. R. J. l.* 21. *de V. O.* Ubi dos reddi promittitur ei, quæ nullam dotem habuit, ad centum, quæ peti poſſunt, ex intentione liberalitatis erga illam exercendæ non obſcurâ. Nec eſt tamen recedendum ab hac Juris ſententiâ; ſi ex ipsâ negotii naturâ, talis donandi animus colligi nequeat, inſtrumentum obligationis ſine causâ donationis aliâve conceptum non ſufficere ad actionem pro-

ducendam, ut alias probatum eſt ex *l. 25. §. ult. d. Probat.* quia poſſet eſſe cauſa turpis aut legibus prohibita, ut in *Prælect. ad Tit. De Condict. ſine cauſa ſub fin.* comprobavimus, ubi & exemplum chirographi, *Fateor me debere Titio centum*; Unde non data eſt actio. Sic tamen, ut hic etiam conjecturis locus eſſe poſſit, quibus causa præſumatur: In quo genere præſumptionis, ideo minus oportet eſſe difficiles, quod raro ejuſmodi promiſſiones ſine verâ causâ fiant. Ita non dubitavi, cauſam Mutui eſſe præſumendam, in tali exemplo chirographi, *Fateor habere me à Titio mille Carolinos, pro quibus ipſi promitto denos ducatones annuos.* Reſpondi, actionem non videri eſſe negandam, etſi non expreſsâ causâ *die 2. Februarii* 1689.

3. Qui ſunt pro Bartolo, frequenter in ore habent, in ſtipulatione conditionali ſufficere *conditionem* pro causâ; quòd probant ex *l.* 108 *d. V. O. l. 17. §. ult. de Præſcr. verb.* Negat hoc Herbajus habere rationem; quia conditio ſuſpendit obligationem, quæ amotâ conditione, per eventum ſubſiſtet, ac inde ab initio, ſi non fuiſſet conditio, ſubſtitiſſet: non poterat autem ſine causâ ſubſiſtere, quam idcirco à conditione oportet eſſe ſeparatam; acute nec non recte. Sed & verum eſt, plerumque negotium, de quo partes agunt, conditioni eſſe implicitum; quod forma conditionis remota, ſupereſt tamen & cauſam præſtat. Sic in *l.* 108. *d. V. O.* docet Javolenus, valere ſtipulationem; *Si qua mihi nupſerit, decem dotis ejus nomine dare ſpondes*? addens, *conditionem ibi parere obligationem*, quod falſum eſſe dicit D. Wiſſenbachius ad *d. tit. de Aleator. n* 18. quia dos ibi ſit cauſa: Nempè dos conditioni fuit implicita, & per modum conditionis intravit in obligationem adeoque eſt ipſa conditio: ut tamen id ipſum, quod partes agerent, eſſet idem negotium Dotis; etiam ſine reſpectu ad conditionem pendentem, maneretque dotis negotium, etiam poſt exiſtentem conditionem. Hanc igitur in *concreto*, una cum materia ſua, Javolenus ut cauſam obligationis conſiderat; Quæ in abſtracto juxta philoſophiam Herbaji, quatenus eſt conditio, non poſſet eſſe cauſa contractus. Igitur in hujuſmodi ſtipulatione conditionali, *ſi Rex Perſarum vivit*, vel quemadmodum memoria noſtra, ingentes pecuniarum ſummæ in ſponſionem deductæ ſunt, *ſi Rex Suecorum vivit centum* dare ſpondes? Et *tu*, *ſi non vivit*, *ducentos dare ſpondes*? cum Carolus Guſtavus in Polonia, finibus ab ejus hoſtibus inſeſſis, hæreret & laboraret anno 1657. Cum in hujusmodi ſtipulationibus ipſa conditio arguat & loquatur ſtudium, quod partes habent circa illam poſitionem, & quod habuerunt etiam ante ſponſionem, nihil abſurdi eſt in eo, quod conditio μετωνυμικῶς, pro cauſa ſponſionis conditionalis habetur.

4. Nec quod diſſentientes volunt, non eſſe in ejusmodi contentionibus ullum virtutis certamen, obſtat; primo, quia quod nihil in ea turpe vel inhoneſti continetur, id ad obligationem ex eo, quod homines ſtudii ſui faciunt & valide proſequuntur, producendam ſufficit. Neque vero concedendum eſt illud omnino; In talibus nullum eſſe laudabile propoſitum contentionis. Nec enim meritò contemnitur accuratio *Correſpondentiæ*, quam vocant; quatenus Acta externa novaſque res alibi terrarum geſtas exacte ſciri, nec auditionibus temere miſſis ac admiſſis propagari, privatæ publicæque rei plurimum intereſt; ſicut fictis ac artificioſe ad-

adſtructis rumoribus magnas rerum & regnorum converſiones fuiſſe perpetratas vel adjutas noſtra quoque memoriâ conſtat. Ideoque ſponſiones, quæ tales habeant ἀναβιωσήσεις pro illicitis habendas publicæ vigor diſciplinæ poſtulat, ut anno, hujus ſeculi LXXII. poſtulatus fuit à Procuratore Generali homo Pontificius, quia ſpoponderat duplum contra ſtipulationem ſimpli; *Niſi Friſia ante Feſtum D. Jacobi eſſet in poteſtate Hoſtium*, morte cenſuram publicam prævenit. Subſiſtemus igitur in eo, quod ejuſmodi ſponſiones ſub conditionibus rerum futurarum vel præſentium ignotarum innocentium, nec jure Gentium neque Jure Civili juſta facultate careant. Quanquam ſicubi ex immoderatis ejuſmodi certaminibus hominum patrimonia periclitantur, non improbemus aliquam Juris poſitivi limitationem, quemadmodum jam olim Amſtelodami prohibita fuiſſe talia ſponſionum certamina, teſtis eſt inde ex Boruſſiâ Keckermannus *curſ. philoſ. diſp.* 28. *problem.* 48. *in fin.* Propterea quod in ſpiſſo mercatorum concurſu, & collatione epiſtolarum peregre venientium, ſæpe res abit in calorem noxium & Aleæ ſimilitudinem jacturaſque notabiles & ſtudia factionum. Quod ſi alibi non habeat ejuſmodi ἀτοπίαν incommodorum, cur æquè prohibeatur, nihil eſt; nec publicæ utilitatis ratio, nec res ipſa vel Jurisprudentia imperat ejuſmodi cautionem Interdicti. Ac ideo Friſii noſtri, ſecundum ea quæ diſputavimus, jus dicere non dubitarunt, apud Sandium *d. lib.* 3. *tit.* 6. *def.* 1.

Paulus Lib. III. Quæſt.

1, *Lecta eſt in auditorio Æmilii Papiniani præfecti prætorio, juriſconſulti, cautio hujuſmodi*; Lucius Titius ſcripſi, me accepiſſe à Publio Mævio quindecim mutua, numerata mihi de domo, & hæc quindecim proba rectè dari Kalendis futuris, ſtipulatus eſt Mævius Publius, ſpopondi ego Lucius Titius. Si die ſupra ſcripta ſumma Publio Mævio, ſive, ad quem ea res pertinebit, data ſoluta, ſatiſve eo nomine factum non erit: tunc eo amplius, quo poſt ſolvam, pœnæ nomine in dies triginta, inque denarios centenos, denarios ſingulos dari, ſtipulatus eſt Publius Mævius, ſpopondi ego Lucius Titius, convenitque inter nos, uti pro Publio Mævio ex ſumma ſupra ſcripta menſtruos refundere debeam denarios trecenos, ex omni ſumma, ei, heredive ejus. *Quæſitum eſt de obligatione uſurarum, quoniam numerus menſium, qui ſolutioni competebat, tranſierat. Dicebam, quia pacta incontinenti facta ſtipulationi ineſſe creduntur, Perinde eſſe, ac ſi per ſingulos menſes certam pecuniam ſtipulatus, quoad tardius ſoluta eſſet, uſuras adjeciſſet: igitur, finito primo menſe, primæ penſionis uſuras currere: & ſimiliter poſt ſecundum, & tertium tractum, uſuras non ſolutæ pecuniæ penſionis creſcere: nec ante ſortis non ſolutæ uſuras peti poſſe, quam ipſa ſors peti potuerat. Pactum autem, quod ſubjectum eſt, quidam dicebant ad ſortis ſolutionem tantum pertinere, non etiam ad uſuram, quæ priori parte ſimpliciter in ſtipulationem veniſſent: pactumque id tantum ad exceptionem prodeſſe: & ideo, non ſolutâ pecunia ſtatutis penſionibus, ex die ſtipulatiationis uſuras deberi, atque ſi id nominatim eſſet expreſſum. Sed cum ſortis petitio dilata ſit, conſequens eſt, ut etiam uſuræ ex eo tempore, quo moram fecit, accedant, &, ſi (ut ille putabat) ad exceptionem tantum*

 tum

Google

tum prodeſſet pactum, quamvis ſententia diverſa obtinuerit, tamen uſurarum obligatio jure non committetur; non enim in mora eſt is, a quo pecunia propter exceptionem, peti non poteſt. Sed (ſi) quantitatem, quæ medio tempore colligitur, ſtipulamur, cum conditio exſtiterit, ſicut eſt in fructibus, idem & in uſuris poteſt exprimi: ut ad diem non ſoluta pecunia, quæ competit uſurarum nomine, ex die interpoſitæ ſtipulationis præſtetur. l. 40. d. Reb. Cred.

2. De omnibus hujus Legis difficultatibus, quas Commilitonibus ſuis hoc ipſo tempore, aliquot exercitationibus, copioſe exponit eruditiſſimus Juvenis, *Cornelius Bynckersboek*, agere, cum non ſit hujus inſtituti, Cenſuram Hotomanni contra deciſionem hujus loci à Paulo factam breviter examinabimus. Vidimus in textu, mutuo eſſe data xv ſeſtertia, vel ut Hotomannus xv. millia denariorum per quos inferius computatur, ſub uſuræ ſtipulatione Centeſimæ in menſem, cum Pacto incontinenti adjecto, de ſorte particulatim ſolvendâ, trecenis denariis in menſes ſingulos. Sic tota ſumma menſibus quinquaginta commodè ſolvi poterat, ſi xv millia denariorum intelligas. Si vero ſeſtertia xv quæ faciunt denarios ter mille ſeptingentos & quinquaginta, ſolutio menſibus ſeptuaginta quinque conficeretur; Verum his menſibus elapſis, nihil adhuc à debitore ſolutum erat. Ideo Creditor integram ſummam petebat, & recte, pariter videlicet ſolvendam, cum uſuris integræ ſummæ, à die ſtipulatione expreſſâ, quæ faciunt in ſingulos menſes, 150. denarios, ita quinquagies. At de uſuris opponit ſe ſe debitor; Ait, ſe quidem pro trecentis denariis, quos primo menſe ſolvere debuiſſet, uſuras debere, 50. menſium. At pro trecentis, quos ſecundo menſe ſolvere debuiſſet, uſuras ſe debere 49. menſium ac ita quanto quiſque menſis eſſet recentior, tanto minus uſuræ ſe, prò illo debere, licet hæc in univerſum *creſceret*, denique pro ultimo menſe tantum menſtruas deberi uſuras; quo pacto ingens uſurariæ ſummæ diſcrimen eſſet futurum. Creditor replicat; Pactum de terminis ſolvendi particularibus, ad ſortem, non ad uſuras pertinere, ex quo pacto nihil quam exceptio detur adverſus petitionem ſortis; uſuras hoc in anteceſſum mutare non potuiſſe, cum illa ſit operatio, quæ ipſo jure fit. Paulus eſt pro debitore; Alius, probabiliter Ulpianus, fuit pro creditore, cujus hæc fuit ſententia; Pactum ſtricti juris contractui adjectum, ei non ineſſe, ut ineſt bonæ fidei judiciis *l. 7 §. 5. d. Pactis*; hic autem agi de ſtricti juris Contractu, quale eſt Mutuum. Paulus primo negat, pacta incontinenti adjecta non ineſſe ſtricti juris Contractibus, aliterque uſu fori invaluiſſe contendit: Adeoque pactum, de ſolutione particulari adjectum ſtipulationi, Sortis ipſius obligationem mutaſſe, inde à primo tempore Pacti, conſequenter & uſuras, quod vim Exceptionis excedit; ac ideo ſortem non uno tempore, verum per menſes, vi ſtipulationis, cujus pactum pars factum erat, eſſe debitam & ſolvendam: Proinde uſuras, utpote acceſſorias, non poſſe aliter computari; quam ſecundum penſiones & tempora ſortis ſolvendæ. Quod ſi maxime dem tibi, dicit Paulus, hoc pactum nonniſi exceptionem parere, quod utique non do; uſura tamen peti non poſſet ejus pecuniæ, quæ adhuc ipſa cum effectu, propter æquitatem exceptionis, peti non poſſet; hoc eſt, eorum menſium, qui ex pacto necdum ceſſerant. Non quod in hac ratione ſe fundare velit, aut prius κεινόμενον, utrum pacta ipſo jure contractibus ſtricti juris inſint, de quo, tam

Digitized by Google

tam πραγματικῶς ac intente quaſi in quo cardo rei vertatur egerat, ſupervacuum putet: Sed ut ex abundanti probet, Adverſam opinionem vel hoc obtento, quod pactum non inſit, tamen æquitate deſtitui. Quin Pacta ineſſe ſtipulationi citra actionem tamen, docet idem in *l.* 4. §. *ult. d. Pact.* ubi Pactum ſtipulationem facit puram; quo validior effectus τῷ ineſſe non poteſt dari. Nec id definit eſſe pactum incontinenti adjectum: etſi, quod aliqui volunt, ſtipulationem præceſſerit, modo incontinenti ante negotium; (etenim inde ſeparatum eſſet nudum nec ingereret conditionem ſtipulationi) nam ea maxime ſunt pacta incontinenti adjecta, quæ in ingreſſu contractus, facta ſunt *l.* 7. §. 5. *d. Pact. l.* 27. *d. R. J.* Quæcunque *inſeruntur in conſtituendâ obligatione, non quæ poſt perfectam eam opponuntur*, ait idem in *l.* 44. *d. V. O.* Hæc enim ex intervallo adjecta ſunt, etſi mox à perfectâ obligatione ſuperveniant, ut in *d.* §. 2. accipienda eſt Stipulatio. *Centum dare ſpondes? Spondeo.* Dein adjectum eſt, *niſi navis ex Aſiâ venerit*, eſt pactum ex intervallo, quia diſertè poſt *ſtipulationem perfectam*, non in *conſtituendâ obligatione* dicitur interveniſſe; qui textus ideo malè profertur ad probandum, quod pacta incontinenti adjecta nullo modo inſunt ſtipulationi. In ultima periodo *h. l.* Paulus id agit, ut doceat, per ſtipulationem utique convenire potuiſſe, ut uſuræ omnes à die ſtipulatione expreſſâ præſtarentur; contra quam factum ſit in hac ſpecie facti. Exinde jam conſtat; Ex hoc textu male probari, Pactum incontinenti adjectum ſtricti Juris contractui, actionem producere, cum Actionis in hac L nulli termini habiles: ſed hoc inde valide conſtat, Pactum illud ipſo jure ineſſe Contractui ſtricto, ut jus actionis primitus mutet, eo modo, ut exceptionem per operationem, quæ ipſo jure fit, præveniat.

2. Atque hæc quidem (verba Hotomanni *lib.* XI. *Obſerv. c.* 1.) Paulus non minus ſubtiliter, quam confidenter *Sed videamus, ne ſubtilitas hæc verè illud ſit, quod dici ſolet; Summum jus, ſumma injuria.* Sic ille; Sed & nos rationes ejus contra Paulum videamus; *Primum*, inquit, *uſura in pœnam ſtipulata eſt. At tantum abeſt, ut hæc debitori pœna ſit, ut contra maximum ei uberrimumque quæſtum adferat.* Vult dicere opinor, ita; Mens contrahentium fuit, uſuram pœnæ loco infligere; Quod ſi uſura juxta pactum è ſingulis penſionibus currat, reperietur, hanc uſuram, quæ placuerat Centeſima, vix, ut ipſe computat; fore ſemunciariam: Quod idcirco à mente contrahentium alieniſſimum eſſe oporteat. Reſponſio non eſt difficilis. Uſura dicitur pœna, quæ non ob id quod intereſt, ſed ob ſolutionis defectum infligitur *l.* 90. *d. V. O.* Ποινὴ, unde *fœnus* appellatum eſſe non temere creditur. Hæc pœna primò ad totum debitum relata eſt, dein ſolutione per tot partes ſectâ, menſtruis penſionibus applicatur, & eſt adhuc pœna, ſed mitior, in quam Creditor conſenſit, eo quod pœnam, niſi morâ commiſsâ, quæ poſt ſingulos demum menſes foret, exigere non poſſet. Unde labitur etiam ſecunda Hotomanni ratio, *quod creditor bonus & beneficus, damnum iſto modo faciat inſigne.* Quod enim ſuâ voluntate ſubit damnum, hoc ſentire non videtur *l.* 203. *d. R. J.* quod æque valet ad tertium argumentum, *quia indignum & miſerum eſt, quod gratificandi cauſâ fecit Creditor, id ei tantum adferre damnum*, ait.

3. Quarto, pergit, *veriſimile eſt, eum, cum ita pactus eſt, nullo modo de U-*

Digitized by Google

Juris cogitaſſe, ſed de ſorte duntaxat, de quâ nominatim cautum eſt. Quod ſi captio hujusmodi toleretur, fraudatio apertiſſima & indigniſſima comprobabitur. Imo Reſpondetur; Veriſimile non eſt, Eum qui ſolutionem ſortis in ſingulos menſes partiebatur & differebat, uſuras ſibi deberi voluiſſe, priusquam ſors identidem peti poſſet. Quod autem ad fraudationem attinet, parata eſt ratio ex *l. 145. d. R. J.* Nemo videtur fraudare eos, qui ſciunt & conſentiunt. Nec opus eſt tam fatuum præſumere Creditorem, quam Hotomannus cum exhibet innocentem & facilem; quis enim nunc ejus indulgentiæ cauſam divinare poteſt, quæ ſine dubio non fuit nulla? de cujus ſane contrario, nobis ejusmodi poſitiones, quales Hotomanus colligit, educere non licet. Nec faciunt hæ rationes ut deſerto Paulo, cujus ſententia tranſiit in Eunomiam, ejus æmulo conſentiamus.

4. Videamus, an felicius refellat Pauli rationes Hotomannus. *Prius argumentum Pauli*, inquit, *hoc eſt, pactum per univerſam Stipulationem fuſum eſſe. Reſpondemus enim, id intelligi; cum ſimplex eſt uniuſque rei ſtipulatio, & non duarum rerum diviſarum ac diſſimilium. Hujus autem Stipulationis duæ partes ſunt diverſæ atque diſſimiles, nimirum ſortis & uſurarum. l. 8. d. Eo quod cert. loc.* Reſponſio Hotomanni vera eſt, quando ſunt duæ ſtipulationes ab ſe invicem non dependentes: At hic Uſuræ ſtipulatio pendet à ſtipulatione ſortis, qua ſublata, diminutâ, vel mutatâ uſuram quoque tolli, vel minui atque mutari neceſſe eſt, cum Uſura ſit acceſſio *l. 12. C. de Uſur. l. 35. π. de Uſuris.* Atqui Creditor hic ſtipulationem ſortis per pactum adjectum mutavit: Non potuit igitur non mutaſſe videri obligationem uſurarum, quæ inde abſolutè pendebat. *Secundum argumentum* Pauli, inquit Hotomannus, *erat*; *fore alioqui, ut ſine morâ Uſura peteretur, quod argumentum nunquam profecto*, pergit Hotomannus, *me vel tantillum movit. Cum ſatis conſtet, nominatim ſtipulationem interpoſitam fuiſſe: Et ubi ea interpoſita eſt, moram conſuetudine populi Romani non deſiderari.* Recte, ſi ſtipulatio ſit efficax & non abolita, quod hic ſecus. Et per neceſſarium conſequens; Abolitâ enim Stipulatione reſtituendi ſortem ſimul, unâ, pariter; & diviſâ per quinquaginta menſes ſolutione per pactum adjectum, ſtipulatio Uſurarum inde pendens eandem ſponte mutationem ſubiit. Ac ita Pauli, vel debitoris ratio bene ſe habet; Quid petis à me uſuras 50 menſium, pecuniæ, quam ante unum, multove pauciores quam ſunt quinquaginta menſes, petere non potuiſti. Quid hic ſtipulatio uſuræ, ceſſante ſtipulatione ſortis, operari potuit? Eſt omnino Pauli ratio ſolida & Eunomica, nec uſurarum is eſt in Jure vel in Æquitatis Arte, favor; ut his contra Juris rationem patrocinium quærere oporteat.

Afri-

Africanus Lib. VIII. Quæſtion.

Ejus, qui in Provinciâ Stichum ſervum Kalendario præpoſuerat, Romæ teſtamentum recitatum erat; quo idem Stichus liber, & ex parte heres erat ſcriptus, qui ſtatus ſui ignarus pecunias defuncti aut excepit, aut credidit. Interius; *Quod ſi ſtipulatus quoque eſſet, referre, quemadmodum ſtipulatus eſſet. Nam ſi nominatim ſorte Titio, domino ſuo mortuo, jam dari ſtipulatus ſit, proculdubio inutiliter eſſet ſtipulatus. l. 41. d. Reb. Cred.*

1. Bernardus Autumnus: *Sententia Africani*, inquit, vera non eſt, ut Paulus notat in *l. inter cauſas* 26. *D. Mandati:* Ubi nihil eſt, quam morte mandantis, ſolvi mandatum, *junctâ l. Actione* 65. §. *Item ſi alicujus* 16. *Pro Soc.* quæ vult, ſi ignora ſit mors, valere mandatum, quod melius ex §. 10. *Inſtit. Mand.* probaretur, utilis ſcilicet actio ut detur; Ergo colligit Autumnus, etiam neganda non erat utilis actio, quia ſervus hic etiam domini ſui mortem ignoravit, in verbis, *ſtatus ſui ignarus.* Ideo, pergit Cenſor, Azo videns hoc reſponſum juri communi refragari, ad verba textus, *mortuo jam*, addit, *hoc non expreſſo*; innuens *non ignoraſſe mortem domini*, inquit. Sed verba Africani, pergit, hanc conjecturam pati non poſſunt. Ideo inſtat; Africanum ignoratione Juris peccaſſe, licet eum Cujacius defenderit *ad hunc* §. idque argumento *L.* 18. §. *ſervus d. Stipulat. ſerv.* ubi, ſi quis ſtipulanti promiſerit, Titium ſiſti, & Titius jam ſit mortuus, vel poſt moriatur, ante litem conteſtatam, vel ante diem, quo exhiberi debuit, inutilis ſtipulatio eſt *l. 4. D. Qui ſatisd. cog.* Sed hoc exemplum non convenit huic reſponſo, *pace tanti Viri dixerim*, ſubjicit Autumnus; joco interim mordace proſecutus Cujacium, quod is *hæc ſcribens, etſi ſenex, florentis amicæ captus amore, mortis non meminiſſet*, ac ideo de morte in illa quæſtione, dans operam amori, turpe, ſenili, minus recte judicaſſet. Hactenus Autumnus à Groenewegio, ex more, laudatus. Non dubitarunt illi, cenſuras ingerere patronis veterum; Licere nobis res noſtras habere, ſanctèque tueri veterum errores, denique ſuperſtitioni donare pulcherrimam artem, levibuſque ac inanibus effugiis ludibria quædam excitare prætextu defenſionis, ut ajunt.

2. Sed de his ultro citroque jactari ſolitis, ratio ferat oportet judicium. Hic quidem Autumno accidit, quod & aliàs ſæpe vidimus, ut damnet quod non bene percepit. Proponitur hic ſervus inſtitor, heres domini factus, ignarus; id enim largiendum Cenſori; poſt mortem domini ſtipulatur ipſi: Quæritur, an valeat ſtipulatio. Diſtinguit Africanus; aut ſimpliciter ſtipulatus eſt, aut nominatim domino. Si ſimpliciter, acquiretur Hereditati, ad quam ſervus adhuc ſe pertinere credidit; utiliter ſaltem *pr. Inſt. de Stipul. ſerv.* Si nominatim Domino ſtipulatus ſit, res cadit in vacuum & in irritum, quia mortuo non poteſt acquiri neque directè, nec utiliter, eoque recte adducit Cujacius exemplum de ſervo qui mortuus eſt, promiſſo, è *d. l.* 26. quod eſt etiam *in l. ſi homo mortuus* 69. *d. t. de V. O.* Etſi enim ſpecies in eo ſint diſſimiles, quod in hac *l.* 41. de

Digitized by Google

de morte ejus cui ſtipulatio facta eſt; in *l.* 18. *&* *l.* 69. de morte hominis in ſtipulationem deducti, agatur; in eo tamen conveniunt, quod non earis non ſint qualitates, nec quicquam de mutuo præſtando vel augendo aliquâ re vel jure, cum effectu agi poſſit. Argumentum Autumni à Mandato non quadrat; Inſtitor enim ſervus, ut hic, non habet mandati cum domino obligationem. Et quod traditum ſt. Mandatarium, mortuo mandatore, poſſe utiliter agere in id quod intereſt ſua, ex eo quod ignarus mortis, interim geſſit, eò non pertinet, ut ſi quid interim Mandatarius nominatim Mandatori ſtipulatus eſt, inde naſcatur actio. Id enim magis eſt, ut neque civilem, neque naturalem habeat facultatem. Bene igitur Africanus, non bene magiſtri Cenſores.

Rubrica de Jurejurando, ſive voluntario; ſive neceſſario, ſive Judiciali.

3. Hotomannus hanc Rubricam à ſe non intelligi fatetur *in epit. Pand. ad. h. t. n.* 2. vereque Jusjurandum, de quo ſub *hoc Tit.* agitur, eſſe totum Judiciale putat *n.* 3. *ſub fin.* Quorſum igitur hæc partitio trimembris? Id ſane conſtat, hos terminos Rubricæ in nigro, id eſt, ipſo legum contextu non extare, nec uſquam explicari. Unde ſumma de ſenſu illorum inter Latinos, & Græcos Interpretes diſcrepantia: quod Triboniano & ejus ſociis compilatoribus, qui hunc ſine uſu vel ratione, ſcrupulum nobis objecerint & reliquerint, imputandum ſit.

4. Apparet, uſu docendi in Scholis, quo tempore Pandectæ ſunt compoſitæ, hanc trimembrem fuiſſe notam diviſionem; quam cur Artis conditores in Artem inferre non potuerint, cum hodie nihil frequentius fiat à Juris Profeſſoribus, ratio nulla eſt. Explicationem ipſis obviam, poſteris adeo difficilem obſcuramque viſum iri, ſi non præſumpſerint, eſt quod ignoſcatur à poſteris, qui toties in idem vitium gravius impingunt, ut novas diviſiones à ſe excogitatas in Artem Juris invehant. Nec eſt res adeo difficilis aut rationis expers. Enimvero, quod Hotomannus omne de quo hic agitur Jusjurandum putat eſſe judiciale, verum eſt *l.* 1. *&* 2. *h. t.*; nihil tamen vetat, quo minus & una ſpecies idem nomen habeat. Quid enim frequentius eſt in Arte Juris, quam generi nomen uni è ſpeciebus tribui? De Lege, de Notione, de innumerabilibus aliis rebus ut taceam; quis neſcit, Contractus omnes eſſe Conſenſuales, & tamen unam ex illis Speciem hoc nomen ſibi per excellentiam vindicare? Idem in ſtipulationibus aliiſque rebus uſu venit creberrimè: Nec ideo ſit inſolens, Judiciale jusjurandum, hoc eſt, quod in Judicio vim deciſionis adfert, eſſe voluntarium, neceſſarium aut Judiciale. Et quidem voluntarium & Judiciale quid ſit, dubitare non paritur Gajus *in l.* 1. *h. t.* Qui jusjurandum ita dividit; quod *vel ex Pactione litigantium, vel ex auctoritate judicis decidit Controverſias.* De neceſſario igitur quærendum: Nec id ſollicite quæri neceſſe fuerit: cum ſatis conſtet, quod ex pactione litigantium defertur, aliter Conventionale jusjurandum, id eſſe vel Delatum vel relatum. Prius libere defertur, nec eſt neceſſe præſtari *l.* 17. *in pr. l.* 38. *h. t.* Poſterius, aut præſtandum, aut litis jactura facienda eſt *l.* 34. §. 7. *&* *ſeqq. h. t.* Ideoque merito *Neceſſa-*
rium

rium dici & haberi poteſt, quemadmodum latius demonſtratum *in Prælect. ad h. tit. n. 6. & ſeqq.*

Gajus lib. v. ad Edict. Provinciale.

Maximum remedium expediendarum litium in uſum venit, Jurisjurandi religio: quâ vel ex pactione ipſorum litigatorum vel ex auctoritate judicis deciduntur controverſiæ l. 1. d. Jurejur.

1. Conſentit Apoſtolos ad Hebræos, Ἄνθρωποι γὰρ κατὰ τοῦ μείζονος ὀμνύουσι, καὶ πάσης αὐτοῖς ἀντιλογίας πέρας εἰς βεβαίωσιν ὁ ὅρκος. *Homines per majorem ipſis jurant, omnisque diſceptationis terminus, ad firmandam fidem illis eſt jusjurandum, cap. 6. v. 16.* Pari ſenſu, quo Juſtinianus appellat Jusjurandum Τελευταίαν καταφυγήν. *Ultimum refugium Nov. 72.* Sed ut iſte locus Pauli non diſerte laudat jusjurandum, ita non deſunt, qui metu Numinis irritandi, omni jurejurando putant abſtinendum, tam olim inter gentiles, *l. 8. d. Condit Inſtit.* quàm hodie inter Chriſtianos, deterriti verbis, ut videtur, claris Domini Servatoris noſtri, apud Matthæum *cap. 5.* Ἠκούσατε, ὅτι ἐῤῥέθη τοῖς ἀρχαίοις, οὐκ ἐπιορκήσεις· ἀποδώσεις δὲ τῷ κυρίῳ τοὺς ὅρκους σου. Ἐγὼ δὲ λέγω ὑμῖν, μὴ ὀμόσαι ὅλως. *Audiviſtis, eſſe dictum veteribus, non pejerabis, Reddes domino juramenta tua; Sed ego vobis dico, ne juretis omnino v. 33. & 34:* Idem fere Jacobus Apoſtolus. Πρὸ πάντων ἀδελφοί μου, μὴ ὀμνύετε, μήτε τὴν γῆν, μήτε ἄλλον τινὰ ὅρκον *Ante omnia fratres, ne juretis, neque per cœlum, neque per terram, nec aliud ullum juſurandum c. 5. v. 12.* Uterque addit, Dominus & diſcipulus ejus, Ἤτω δὲ ὑμῶν τὸ ναί, ναί, καὶ τὸ οὔ, οὔ, *Sit veſtrum Ita, ita, Et non, non* Sunt hæc ejusmodi verba, ut ex iis non temerè quis in illam opinionem concedere poſſit, eſſe tutius, omnino non jurare, nec ultra τὸ *non*, ac *Ita*, progredi: ut è Chriſtianis, eos qui verborum religione maximè tenentur, ſentire & facere conſtat. Sed cum jurisjurandi exempla tam in novo, quam in Veteri teſtimento extent plura; & de hoc quidem non dubitetur, de novo habeamus locum *2 Corinth. 1. v. 23. 1 Theſſal. 2. 5. &c.* nec mos olim pius à Chriſto ut impius damnari potuerit, ea res facit, ut ſuperiora verba ſenſum ejusmodi infinitum capere non poſſint. E ſimplicioribus multi ita exiſtimarunt, Invocationem Numinis in teſtimonium, quam in Novo Teſtamento adhuc videmus uſurpatam, non eſſe prohibitam; ſed deteſtationem & imprecationem noſtri cum eâ conjunctam, facere plenum jusjurandum, quod ſit prohibitum: quam ſententiam Menniſtæ noſtrates ſequuti ſunt: Ideoque non difficulter iis, legibus publicis indultum eſt, ut ejusmodi invocatione; juramenti loco, defungerentur: cum in eâ ſit ipſa vis religionis & jurisjurandi, cui nec ipſa deteſtatio non eſt implicita; cum nemo qui Deum eſſe credit, otioſum putet eſſe ſpectatorem, ſed qui ἔνδικον ὄμμα, *vindicem oculum* fallentibus immittat. Quod cum exactioribus illius ſectæ ſuboluiſſet, qui nec cum ejusmodi invocatione adſerteria conciliare poterant τὸ ναί, ναί, καὶ τὸ οὔ, οὔ, hanc etiam invocationem repudiarunt; exemplum Pauli, credo, quaſi à ſpiritu prohetico, magis obſervandum, quam vulgò imitandum rati.

2. Grotius verba Chriſti & Jacobi, de promiſſione futuri incerti, non de adſertione juratâ exaudienda *lib. 2. tit. 13. n. 23.* Denique alii, non de jurejurando per Deum, ſed per creaturas, Dominum ejusque diſcipulum loqui ſtatuunt; quorum ſententiam D. Wiſſembach his verbis extulit; *Peccatur elencho diviſionis & paralogiſmo ſecundum quid, ad dictum ſimpliciter; dividuntur enim componenda,* μὴ ὀμόσαι ὅλως, *non jurare omnino; nec per cœlum, nec per terram, vel per alias id genus creaturas. Ineptè itaque* τὸ ὅλως *vel à ſpeciebus ſubjectis ſeparatur, vel ad genus & ſubſtantiam, non ad formam juramenti à Matthæo expreſſam refertur.* Verum enim vero; ad Inſtantiam, μὴ ὅλως, ἄλλον ἵνα, Ναὶ, Οὔ, οὔ; Tu dic, rem in eo deſinere, quod eſt ſine dubio propoſitum Servatoris & Apoſtoli; Non eſſe licitum, divini nominis invocatione, vel ulla jurandi ſpecie, in ordinaria hominum conſuetudine commercioque uti; quo pertinet, quod alibi de Jure Romano probavimus, Eo propterea non dari actionem ex jurejurando, quemadmodum ex ſtipulatione; ne res ſanctiſſima quotidiano vileſceret uſu & corrumperetur, ſupra ad *l. 7. §. 12. d. Pactis.*

3. In his revera τὸ περισσὸν, de quo Dominus apud Matthæum, *Exceſſus* & uſus ſuprà negotii modum reperitur. Sunt, quibus illud τὸ περισσὸν extendendum videtur, ad omnes cauſas pecuniariæ æſtimationis. In quâ ſententententiâ ſine reſpectu ſcilicet, ad verba Domini fuit Iſocrates *ad Dæmonicum,* Ἕνεκα χρημάτων, inquit, μηδένα θεῶν ὀμόσῃς, μηδ' ἂν εὐορκεῖν μέλλῃς. *Ob rem pecuniariam cave per ullum Deum jures, etſi verè juraturus.* Quod ut verum forte non eſt, ita nihil reprehenſione dignum in eâ ſententiâ continetur. Sed Chriſti Domini quale fuerit inſtitutum, ex univerſa ejus oratione, inde ab initio colligitur; quo indicat, ſibi non eſſe animum, diſſolvere Legem, quæ jusjurandum imprimis Judiciale conſtituerat, ſed ad rectum ejus intellectum uſumque reducendum tendere; qui erat, ut è ſingulis partibus, ſublato, quod erat vitioſum, primæva maneret inſtitutio, quæ hac in re talis fuerat; ut in qualibet re gravi, neceſſitate flagitante, pie ſancteque Dei nomen invocaretur: Leves & temerariæ vel divini numinis invocationes, vel impiæ formularum detorſiones abolerentur & enixè caverentur.

Ulpianus Lib. XXII. ad Edict.

Jurare autem oportet, ut delatum eſt jusjurandum: Cæterum, ſi ego, ut per Deum jurares, tu per caput tuum juraſti l. 3. §. 4. d. Jurejur.

Paulus Lib. 17. ad Edict.

Vel filiorum tuorum l. 4. eod.

Ul-

Digitized by Google

Ulpianus Lib. xxii. ad Edict.

Non erit ratum 'alenlum jus jurandum. Quod ſi exegi, ut per ſalutem tuam jurares & juraſti, ſtabitur. Omne enim omnino licitum jus jurandum, per quod voluit quis ſibi jurari, idoneum eſt: Et ſi ex eo fuerit juratum, Prætor id tuebitur l. 5. eod.

1 Autumnus. Jusjurandum *per caput tuum*, vel per *caput liberorum* vel per ſalutem Principis *licite* non deterior. *Nam id nominatim Dominus & Soſpitator noſter vetuit in Evangelio, Matth. 5.* Male igitur Compilatores has jurisjurandi ſpecies, ad licitas referunt, ſi, quod iis ſtandum eſſe præcipiunt, forte reprehendi non poteſt. Nam qui per res creatas jurat, divini numinis reſpectu jurare videtur, ut non modo Chriſtus Dominus, ſed etiam Ulpianus *in l.* 33. *h. t.* docet, eum, qui per ſalutem ſuam jurat, per Deum jurare videri. Unde, qui ſic pejerat, eum perjurii eſſe reum, merito colligitur è dictis Domini & ex his Legibus; ſed hoc amplius in Chriſti verbis eſt, illas jurandi formulas eſſe vitioſas, quæ tamen his locis probantur, ſi modo partes in eas conſentiant. Quod proinde ſuperſtitionem ſapere, non poteſt negari; nec id quidem, rectius facturum fuiſſe Tribonianum, ſi hoc omiſiſſet aut emendaſſet in Pandectis; ut tamen in hiſce præſcriptis, nihil aliud reprehendere liceat; quàm quod enumeratis jurandi formulis ſpuriis, ſubjicitur hæc ratio; *Quod omne LICITUM jus jurandum ad obligationem ſit idoneum.* Ulpiano ſane quominus id ignoſcendum ſit, nihil profertur; forte nec Triboniano; ſi verum eſt, quod Suidas adfirmat, eum non fuiſſe Chriſtianum. Sed reſpectu Juſtiniani Principis religioſe Chriſtiani, deforme videri poſſit, ejusmodi ſuperſtitiones Legibus ejus admiſceri. Nam ſicut in precibus, ita nec jurando, quicquam ſine dubio, præter Deum ejusque Chriſtum, in conſpectu habere licet. Cæterum, nos id agere nunquam profeſſi ſumus: ut nihil ullâ dignum nota, in Artis noſtræ libris inveniri ſtatueremus. Excuſari quatenus aliquid poſſit, ea ſit proxima cura.

2. Quid ni autem excuſetur, quod non modo Patriarchæ Joſepho in ore fuit *Geneſ.* LII. 15. ſed etiam conſtat, in uſu ipſorum manſiſſe Chriſtianorum, ut per ſalutem eum ſuam, tum Principum jurarent, aliosque jurando adigerent, non modo temeritate tralatitiâ, qui mos hodieque populos Chriſtianos promiſcue dehoneſtat; ſed etiam ritibus & formulis ſolennibus; quod uſque ad tempora Caroli Magni, cujus demum legibus id ſit prohibitum, ipſe narrat & obſervat Autumnus. Quin etiam pluris habitum eſſe Jusjurandum per caput aut ſalutem Principis, quam per Dei nomen præſtitum, idem obſervat. Quo pertinet exemplum è Zoſimo, de jurejurando inprimis ſolenni concepto & præſtito in Aula Honorii, Principis æquè Chriſtiani. Locus eſt in *lib. 5. ſub fin.* ubi narrat Zoſimus, Jovium præiviſſe Jusjurandum, de pace cum Alaricho non faciendâ, Ὤμνυε δὲ καὶ αὐτὸς ὅρκον τῆς βασιλικῆς ἀψάμενος κεφαλῆς, καὶ τοὺς ἄλλους, οἳ τὰς ἀρχὰς εἶχον ταὐτὸ ποιῆσαι παρασκευάσας, *Jurabat ipſe tacto Cæſaris capite, idemque à reliquis præſtari Magiſtratibus curavit* De quo deinde mutando cum agere-

tur,

tur, ab Alarico, reſponſum eſt ab iiſdem. Εἰ μὲν πρὸς τὸ θεὸν τετυχήκει δεδομένος ὅρκος, ἦν ἂν ὡς εἰκὸς, παριδεῖν, ἐνδιδόντας τῇ τοῦ θεοῦ φιλανθρωπίᾳ τὴν ἐπὶ τῇ ἀσεβείᾳ γνώμην. Ἐπειδὴ δὲ κατὰ τῆς τοῦ βασιλέως ὀμωμόκεσαν κεφαλῆ, οὐκ εἶναι θεμιτὸν αὐτοῖς εἰς τὸ τοσοῦτον ὅρκον ἐξαμαρτεῖν. *Si quidem per Deum uſu veniſſet, ut juraſſemus, illud te an negligere licuiſſet, confiſos Dei clementiâ veniam impietatis impetratum iri. Sed quoniam per Imperatoris caput juratum eſt, à tanti juramenti religione recedere nullo modo fas eſt.* Cui bene Zoſimus apdlicat ἐπιχεῖρον hujusmodi. Τοσοῦτον ἐξώλισθεν ὁ νοῦς τῶν τότε τὴν πολιτείαν οἰκονομούντων, τῆς προνοίας ἐστερημένων. *Uſque adeo cauta mens illorum erat, qui Dei curâ deſtituti Rempublicam id temporis adminiſtrabant.* Ita Zoſimus hypocriſin Chriſtianorum, ipſe paganus, haud immerito inſectatur. Etſi nec abhorret ab illo diſcrimine, quod Alexander Imperator Felici reſcripſit; *Jurisjurandi contempta religio ſatis Deum ultorem habet, Periculum autem corporis, vel Majeſtatis crimen, ſecundum conſtituta Divorum Parentum meorum, etſi per Principis venerationem, quodam calore, fuerit pejeratum, inferri non placet l. 2. C. de Jurejur.* Ubi quod per Principem fit, tanquam majus nefas & crimini Majeſtatis propinquius deſignatur. Quo autem Juſtiniani tempore ſuperſtitioſa Cæſareæ Majeſtatis reverentia decreſceret, expectandum non erat, dum illum ſibi adſcribentem videmus divinum os *l. 1. §. 6. C. de Vet. jur. enucl.* Numen *l. 2. C. de Off. Mag. Off.* Conſulta cœleſtia *l. 8. C. de off. Rect. Provinc.* Statuta cœleſtia *l. 8. C. de Murileg.* imo quod majus, *Adorari ſuam æternitatem*, dicere non veritum eſſe videmus in *l. 2. C. de Fabricenſ.* Præ quibus, hic ſane locus excuſationem ſummo jure mereri videatur. *Hæc ad excuſationem, non ad defenſionem hujus textus.*

Ulpianus lib. XXII. ad Edict.

Divus Pius jurejurando, quod propriâ ſuperſtitione juratum eſt, ſtandum reſcripſit l. 5. §. 1. d. Jurejur.

1. Antiquis Interpretibus uſque adeo abſurda hujus loci Poſitio viſa eſt, ut multæ Pandectarum editiones negativam receperint, *non eſſe ſtandum* jurejurando propiâ ſuperſtitione præſtito. Nam *in principio hujus Legis ipſius* ſcriptum eſt, prætorem tueri debere jusjurandum *licitum*. Cui ſi tu ſubjicias, quod propriâ ſuperſtitione juratum eſt, cum non ſit licitum, eo non eſſe ſtandum: ex hoc contextu negativam prope neceſſariam demonſtraveris; maxime, ſi jungas § 3 *h. l. Sed ſi quis illicitum jusjurandum detulerit, ſcilicet; improbatæ publicè religionis, videamus, an pro eo habeatur, atque ſi juratum non eſſet: quod magis exiſtimo dicendum.* Hæc à Priori & poſteriore negativam flagitare videntur. A Florentinâ tamen lectione recedere durum eſt; ſiquidem alius detur exitus; de quo commentatores quos habemus textuales eſſe ſolicitos, miror excepto Fabro, in cujus tamen expoſitionibus pedem figere non poſſum. Magis adducor, ut credam, ſuperſtitionem propriam non eſſe intelligendam de formâ jurandi publice improbata; ſed de modo jurandi non quidem prohibito, at tamen inſolito, & qui opinione neceſſitatis ſit ſuperſtitioſus. Ita forma apud nos recepta eſt, ut

ſub-

ſublatis duobus prioribus manus dextræ digitis juretur: ſi quis putet, ſibi non licere jurare, niſi manu pectori admotâ, vel Evangelio impoſita, vel genubus flexis, oculisve clauſis, vel adjectis quibuſdam verbis inſolentibus quidem, non tamen illicitis, his & ejusmodi caſibus valebit jusjurandum. Quod ſi delatum ſit, formâ jure publico improbatâ, valere non poterit, quia nemo poteſt facere, quominus leges in rebus à ſe geſtis valeant, & quod Legibus repugnat, ipſo jure nullum eſt *l. 5. C. de LL.* Quid ergo, an ſi Mahometano delatum ſit jusjurandum, iſque ſuper Alcoranum juraverit, hoc jurejurando non obligabitur? Atqui Abrahamus admiſit juramentum Abimelechi, juraentis per falſos Deos *Geneſ. 21. v. 31.* Et Jacobus cum Labano commutavit jurisjurandi fidem, per Deum Abrahami partim & Deos Nachoris *Geneſ. 31. verſ. 51.* Atque huc Antonius Faber refert hanc *l. 5. §. 1.* putans ſpecialiter, Antoninum Pium per ſuperſtitionem propriam intellexiſſe Judaicam vel Chriſtianam, quæ ipſis ſuperſtitio videbatur, quod ab Ulpiani ſtylo non eſt alienum, qui Chriſtianos vocat impoſtores in *l. 1. §. Medicæ d. Extraord. cognit.* & per Judaicam ſuperſtitionem, Chriſtianos deſignat *l. 3. §. ult. d. Decurion.* Sed horum religio ſub Antoninis æque fuit improbata publicè quam nobis eſt Mahometana. Quid denique de ſectis Chriſtianorum hodiernis dicemus? Proteſtantes à Pontificiis, & hi ab illis publicè improbantur; An juramenta ſecundum cujusque religionem præſtita, in locis diverſæ profeſſionis nullius momenti erunt? Ita parum abeſt, quin jurata fides inter populos Chriſtianorum penitus aboleretur. Res non caret difficultate. Videtur autem hoc modo; Jure Gentium valet jusjurandum, per omne quod pro Numine à jurante habetur, inter conſentientes: ſed Lege Civitatis recte ſtatuitur inter cives non eſſe jurandum, per id quod publicè improbatæ religionis eſt, ut tamen non quælibet adjectio ſuperſtitioſa, pro illicitâ habeatur. Jusjurandum per Mahometem, per Aly Perſarum, per omnes Sanctos apud Proteſtantes non valebit. Sed per Deum, ſimul & per Virginem Deiparam, perque ſanctos valiturum videtur inter conſentientes; Conſenſus enim requiritur, etiam in licitis formulis *l. 5. l. 33. h. t.* ne dicam, Juſtiniani jam tempore, ſuperſtitioſas adjectiones fuiſſe receptas, ut *in Nov. 8. in fin.* ubi formula jurandi præſcripta Magiſtratibus. Ὄμνυμι ἐγὼ τὸν Θεὸν τὸν παντοκράτορα, καὶ τὸν υἱὸν αὐτοῦ τὸν μονογενῆ Ἰησοῦν Χριστὸν τὸν Θεὸν ἡμῶν, καὶ τὸ ἅγιον πνεῦμα, καὶ τὴν ἁγίαν ἔνδοξον θεοτόκον καὶ ἀειπαρθένον Μαρίαν, καὶ τὰ τέσσαρα Εὐαγγέλια, ἃ ἐν ταῖς χερσὶ μου κρατῶ, καὶ τοὺς ἁγίους Ἀρχαγγέλους Μιχαὴλ καὶ Γαβριήλ. *Juro per Deum omnipotentem & filium e us unigenitum Jeſum Chriſtum Deum noſtrum, & Spiritum ſanctum, & ſanctam glorioſam Deiparam, ſemper Virginam Mariam, & quatuor Euangelia, quæ manibus meis teneo, & ſanctos Archangelos Michaëlem & Gabrielem.*

Ulpianus Lib. XII. ad Edict.

Si duo Patroni eſſent, & libertus, altero deferent, juraſſet, ſe libertum ejus non eſſe, utrum alteri totius debitæ patronis portionis, an vero dimidiæ partis

bonœ-

bonorum poſſeſſio competeret; Et ait, ſi is, cui juratum eſt, patronus fuiſſet, alteri ſuæ partis bonorum poſſeſſionem competere. Nec ei prodeſſe, quod adverſus alterum libertus juraſſet. Multum tamen fidei & auctoritatis apud judicem patronum habiturum, quo magis ſolum ſe patronum probaret, quod libertus juraſſet, alterum potronum non eſſe l. 13. *d. Jurejur,*

1. Hunc locum eſſe vitioſum, & corrigendum, cenſet Anton. Faber, cumque reformat è vetere vulgata & Florentina editione, quæ nunc vulgata eſt. Varietas eſt in his verbis: *Utrum alteri totius debitæ patronis, an vere dimidiæ dabitæ eis partis bonorum poſſeſſio competeret.* Pro quibus vulgata vetus ita legebat; *Utrum alteri ante ſibi debitæ portionis, an verò dimidiæ debitæ ei ſuæ partis bonorum poſſeſſio competeret.* Hanc Faber lectionem præfert, deletis his verbis, *Ei ſuæ*, quæ crucem fixerint Azoni & Accurſio. Sed mihi nulla cauſa recedendi à lectione Florentinâ, cujus ſenſus optimè ſe præbet, eſſe videtur. Patronis debetur antiquo jure pars dimidia bonorum, quæ liberti ab inteſtato reliquerint; ſi duo eſſent, his pariter dimidia ſcilicet, *l.* 10. *in pr. l.* 34. *d. Bon. libert.* Mortuus eſt libertus, qui duos habuerat Patronos, contra unum juraverat, ſe non eſſe illius libertum: Ideoque jus ſuum ille per delationem jurisjurandi amiſerat. Hinc quæſtio bimembris proponitur; Utrum alteri, contra quem non eſt juratum, detur petitio totius portionis, quæ patronis debebatur, quaſi altero amoto; an verò dimidia ſaltem pars illius portionis, quæ in concurſu cum altero patrono, & citra jusjurandum debebatur, peti poſſit. Reſpondetur, ſi is contra quem juratum eſt, verè patronus fuiſſet, ei ſua pars debetur, & ſic alter ſuam modo dimidiam petet, quæ prius competebat. Nam juramentum ab altero delatum liberto, & ab hoc præſtitum, non prodeſſe tertio, ſed inter eos tantum, qui conſenſerunt, valere, *l.* 9. *§. ult. & l. ſeqq. h. t.* Si vero non fuerit Patronus ille, contra quem juratum eſt, tum ſcilicet alter integræ portionis habet petitionem; & quidem in dubio ſecundum jusjurandum præſumetur. Hæc eſt ſententia textus Florentini, nullum vitium idonei ſenſus, nec ideo emendationis neceſſitatem continens. Faber ait; Prima pars quæſtionis non eſt, de totâ portione patronis debitâ, ſed de parte debitâ, antequàm alteri patrono juratum eſſet, id eſt, de dimidiâ partis dimidiæ bonorum liberti. Sed ego non magis video rationem hujus adſertionis, quam Faber ullam adducit. In diverſum, quod prima pars quæſtionis ſit de tota portione Patronis debitâ, ex bonis liberti, manifeſtum eſt è ſpecie à nobis ſubductâ, cum verbis hujuſce textus collatâ. Obſervandum eſt interim ex hoc loco; Quod dicitur, poſtquam juratum eſt, non quæri amplius de veritate rei de quâ juratum eſt, ſed tantum an juratum ſit, §. 11. *de Action.* §. 2. *l.* 9. §. 1. *d. Jurejur.* hoc ſolummodo habere locum inter eum qui detulit jusjurandum & qui non juravit; Reſpectu tertii locum adhuc eſſe quæſtioni de veritate negotii principalis.

Pau-

Paulus Lib. XVIII. ad Edict.

Qui juraſſe dicitur, nihil refert, cujus ſexus ætatisve ſit; Omni enim modo cuſtodiri debet jusjurandum adverſus eum, qui contentus eo, cum deferret, fuit, quamvis pupillus non videatur pejerare, quia ſciens fallere non videatur l. 26. in pr. d. Jurejur.

1. Autumnus: Juſta non eſt, *ait*, ſententia Pauli: Nam jusjurandum majorem habet auctoritatem quàm res judicata *l. 2. d. tit.* Atqui, ne Judices ſint, impediuntur ſurdus, mutus, perpetuo furioſus & impubes, quia judicio carent *l. eum Prætor d. Judic.* Quod ſi Pupillus, quia ſenſu caret non poſſit eſſe judex, nec arbiter *l. ſed ſi d. Recept. qui arb.* qui fieri poteſt, ut Jusjurandum à pupillo præſtitum habeat auctoritatem rei judicatæ? Deinde, Pupillus non habet legitimam perſonam ſtandi in judicio. At, qui non compelluntur judicium accipere, nec jurare compellendi ſunt *l. Tutor. §. qui cum h. tit.* Hactenus Autumnus. Et his omnibus accedit, quod Ulpianus diſertè ſcribit, Pupillo non deferri Jusjurandum *l. 34. §. 2. h. t.* Quomodo igitur non intereſt, cujus ætatis ſit, is, cui defertur juramentum? Denique, contraria ſe mutuo arguunt; Qui pejerare non poteſt is nec jurare poſſe dicendus eſt. Atqui non videri pejerare poſſe pupillum, ipſe Paulus hic indicat. Quâ in re igitur conſiſtit uſus jurisjurandi, ſi nunquam de perjurio quæri poſſit?

2. Satis graves, ut videtur, objectiones, quæ tamen uſu rei bene percepto, evaneſcent. Agitur hic de jurejurando, quod quis adverſario litis decidendæ gratiâ defert, hoc modo; Si jures, me tibi debere, ego ſolvam: Vel, ſi jures, te non debere, ego te miſſum faciam. Sic ait creditor ad pupillum; Et hic jurat ſibi deberi, vel ſe non debere. Fiat ergo, quod alter dixit, ut ſolvat, vel miſſum faciat pupillum. Jusjurandum enim transactionis vim habet *l. 2. h. t.* Si jam dicat, Pupillus non habet perſonam jurandi & in judicio ſtandi, fruſtra, cum res integra eſſe deſierit, hoc proferet ille, qui jusjurandum detulit; Agnovit enim hactenus perſonam pupilli. Dixit, ſi tu jures, ego tibi ſolvam, vel non petam. Factum eſt, juravit pupillus, impleta eſt conditio; Faciendum igitur, quod dixit, ſe facturum, ſi pupillus juraret. De religione, de facultate pupilli non quæritur, ſed de præjudicio, quod ſibi fecit is, qui detulit jusjurandum, unice quæritur: hoc ille per incapacitatem pupilli non poteſt amoliri. De hac videndum erit, ſi contingat ipſi pupillo jusjurandum deferri, ut exinde cauſæ deciſio pendeat; atque ut pupillus hoc vel præſtare, vel referre cogatur. Jam rurſus ex Ulpiano dicemus; Pupillo jusjurandum non defertur, ut in ejus præjudicium valeat delatio; quia non intelligit vim jurisjurandi; nec ab ejus jurejurando lis magis pendere debet, quàm à judicio furioſi. Sic omnia, quæ mota ſunt argumenta corruunt, nec Eunomiæ quicquam imputari poteſt. Improbat illa jusjurandum pupilli; Verum, ſi quis paterfamilias adeo ſtultus fuerit, ut à facto jurandi, quod à pupillo exigit, jus ſuum ſuſpendat, habet, quod ſibi imputet. Jus Civile nihil probat, quam ut ille teneatur è facto voluntatis ſuæ, à ſciente volente commiſſo. Quod huic expoſitioni obſtare videatur, id in *Prælect. ad h. t.* removimus. Ul-

Ulpianus Lib. xxvx1. ad Edict.

Jurare autem in infinitum licet. Sed an Judex modum jurijurando ſtatuere poſſit, ut intra certum quantitatem juretur, ne arreptá occaſione in immenſum juretur, quæro. Et quidem in arbitrio eſſe Judicis, deferre jusjurandum, nec ne velit, conſtat. An igitur, qui poſſit jusjurandum non deferre, idem poſſit & taxationem juri jurando adjicere, quæritur. Arbitrio tamen bonæ fidei judicis, etiam hoc congruit. Item videndum, an poſſit Judex, qui detulit jusjurandum, non ſequi ide ſed vel prorſus abſolvere, vel etiam minoris condemnare, quam juratum eſt. Et magis eſt, ut ex magna causâ & poſteà repertis probationibus poſſit. l. 4. §. 2. & 3. d. In lit. jur.

1. Non immerito pragmatici plerique Jusjurandum hoc, hodiernis moribus improbatum & abolitum eſſe tradunt. Quid enim hoc; *jurare in infinitum licet?* Sic res eſt; Uſum habet hæc jurisjurandi ſpecies, quando res per dolum aut contumaciam poſſeſſoris, ei, ad quem pertinet, non reſtituitur; Tunc in ejus rei æſtimationem ille condemnatur, quam actor ſuo jurejurando taxaverit, idque non ſecundum veritatem, ſed in infinitum. Sive enim admittenda ſit diſtinctio hujus Jurisjurandi, quod ſit aliud Veritatis, aliud Affectionis, ſive rejicienda, quod nos probamus, ex *l.* 2. §. 1. *h. t.* ubi opponitur æſtimatio, quæ fit per hoc jusjurandum, ei, quâ ſolum id quod verè agentis intereſt ſpectatur; utraque ſententia, per hoc juramentum vel ſemper aut aliquando, ſupponit, æſtimationem ultra verum rei pretium fieri. Quomodo autem hoc defendi poteſt, ſi non illis veterum impiorum dictis, *Lingua juravit, mentem injuratam teneo*? Quid abſurdius, quàm Legis auctoritate confirmari jusjurandum ultra rei veritatem, idque in infinitum? Nec eſt, σοφὸν φάρμακον in ſequentibus, ubi infinita pejerandi licentia judicis officio reſtringitur, ne ſcilicet in immenſum eat jurata taxatio. Nec enim prohibetur ita exceſſus veritatis, ſed ne ad inſaniam nimisque longè negotii modum perfidia tranſcendat. Non poſſunt hæc ſine ſcandalo à Juris imperitis audiri. Et habeat Theologus aliquanto juſtiorem reprehenſionis cauſam in hoc articulo, quam habuit Ameſius in actionum bonæ fidei & ſtrictis juris diviſione damnanda.

2. Dicamus quod res eſt & abſolvamus Eunomiam. Qui agit in id quod intereſt ſimpliciter, is nihil quàm quod verè ſibi abeſt, lucrum ceſſans & damnum illatum petit. Sed cui res dolo & contumacia Rei non reſtituitur, hic non ipſius rei tantum, ſed & affectionis ſuæ rationem habere poteſt. Vas ſit fictile, tribus aſſibus dignum, quod à caro amico amicâve, aut à majoribus meis profectum, ego tribus aureis carere nolim: Vel ſit effigies alicujus è majoribus meis fumoſa, detrita, exeſa, quæ non valeat ſeſtertium communiter; ego centum aureis redimerem: Si poſſeſſor dolo malo perdiderit aut contumaciter reddere nolit, in eoque perſeveret, aut jam fecerit, ne reſtitui poſſit, lex mihi concedit, eam rem æſtimare, non pro vulgari pretio, ſed affectione meâ; ſic tamen ut ego verè ſincerè, animum ita inducam, nec calumniâ affectionis ani-

animum havarum tegam, quod Lex minime probat: non poteſt quidem Lex aut Judex certos juraturo præſcribere terminos; ſed hoc ejus conſcientiæ relinquit. Hactenus igitur pax Eunomiæ!

3. Sed alia eſt Cenſura, quam Antonius Faber intentat Triboniano; quem adfirmat totum hunc textum *ſuperius* deſcriptum, à verbis, *ſed an Judex*, à ſe confectum & confictum Ulpiani ſub nomine publicaſſe. Cur Wiſſembachius noſter Emblematum Fabrianorum nullam rationem habuerit, in opere ſuo, de *Emblematibus Triboniani*, ſcio factum eſſe, quod nomen ejus odiſſet, facilius credens Bachovii invectivis, quam ſuæ lectioni, quam curæ non habuit adhibere. Sed Fabri ingenium ſine dubio fuit elegans, acre, magnum; adde, ſi placet, audax; quà parte ſæpius eminet. Et hic, niſi fallor, ejus eſt ſpecimen: Sæpe dixi, Tribonianum paucis aliquando dictis, ad veterum ſcripta adſutis inflexiſſe jus antiquum ad uſum ſui temporis; nec alia ſunt quæ Wiſſembachius aliique illi imputant. Sed Faber ingentes aliquando periodos, imo Leges integras, ab ipſo conſcriptas, ſub antiquorum nominibus in Pandectas cum retuliſſe criminatur. Vellem κατὰ πόδας Fabri cenſuram perſequi: ſed abſterret me prolixitas Rationalium Fabrianorum; & quia me ſpero non ſubſtiturum eis Librum XVIII. Pandectarum, quoad uſque ille quatuor ingentia volumina impleverit, exitum ob oculos habens, mihi & Lectori conſulam. Dabo paraphraſin hujusloci, cujus adſtructa concinnitate, Fabriana ſpicula retundi poſſe confido.

4. Jurare *in infinitum* licet ei, cui delatum eſt hoc jusjurandum; non ſenſu ſcholaſtico philoſophantium, accepto *Infinito*: nec pro *indefinito*, ut illi rurſus; cum hoc etiam ſit amplius quam *infinitum*, quia præpoſitum DE auget ſignificationem in compoſitis: ſed populari & Civili ſenſu, pro *indeterminato*, ſicut Juſtinianus; Heredes inſtitui poſſe, quot Teſtator velit, *uſque infinitum* §. 4. *Inſt. de Her. Inſtit.* Quod non eſt modicum neque certum, vocatur *infinitum l.* 182. *d. V. S.* plura loca vide apud Briſſonium *in Lexico*. Ubi tamen nonnulla, quæ à philoſophico uſu non abhorrent; ut fatendum, in voce *Infiniti* eſſe quendam, non habendi finem, conceptum; qui magis adhuc eſt in *Immenſo*: quâ voce nonniſi quod enorme, modum excedens omnem exprimi ſolet, nec ad mediocritatem ita, ut de *infinito* ſæpe ſit, admovetur. Hinc Juris Conſultus, ad occupandam imminenſi abſurditatem, movet quæſtionem, an judex modum jurijurando ſtatuere poſſit; ad quam ita reſpondet, ut Ulpiani acumine dignum eſt, neque verbis quicquam inſolens præferentibus: primo quod indubitatum, ponendo; habere judicem utique poteſtatem deferendi hoc jusjurandum, vel non deferendi. Hinc infert, ab eo quod majus eſt, conſequens minus, etiam poſſe reſtringi, id quod omnino poſſit negari. Et ex poſtfacto, detecta improbitate æſtimationis enormi, reum vel minoris condemnari, vel omnino poſſe abſolvi.

5. Faber arguit locutionem *deferre jusjurandum nec ne*, *conſtat*; dicendum fuiſſe, *deferat jusjurandum*, *nec ne*. Ego; dicendum erat; *Deferre oporteat*, *nec ne*. Sed τὸ *oporteat.* abſorptum eſt ab Ulpiano, compendii cauſa, ſoliti Juris auctoribus. Falſum ait eſſe Faber, Judicem deferre vel non deferre poſſe jusjurandum, cum ex neceſſitate juris præſtetur *l. ult. h. t.* & Judicem id deferre o-

Digitized by Google

porteat *hac l* 4. §. 1. Certe, poſitis omnibus ponendis, neceſſe habet judex id deferre, neceſſe etiam abſolvere quamvis innoxium, non damnare inſontem. Nec tamen in ejus poteſtate non recte dicitur eſſe, abſolvere vel condemnare, prout ipſi *videtur*; quod verbum in ſententiis adhibebant veteres: In Theſi judex ad officium ſuum tenetur; In hypotheſi habet poteſtatem in ſequius. Stultitiæ quoque verba hæc, *Arbitrio bonæ fidei judicis*, arguit Faber; quia non tantum in bonæ fidei judiciis, ſed & maximè in Arbitrariis, veluti in Rem actionibus in litem juretur: Quod negari non poteſt; ſed agitur in hac Lege de Tutelæ judicio, quod cum bonæ fidei ſit, judex in hac ſpecie, non ab omni ejus officio ſuo. *bonæ fidei* dictus eſt. Iterum *Faber*; Jusjurandum in litem defertur à Judice per ſententiam, quâ condemnetur reus in tantam quantitatem quantam actor in litem juraverit. Quis patiatur, judicem eundem, qui latâ ſententiâ judex eſſe deſierit *l. 55. d. Re Jud.* ſuam ipſius retractare ſententiam; quod, detecta licet jurantis improbitate, citra appellationem non liceat? idque firmat per *Auth. l. 15. C. de Judic.* ubi, *poſt jusjurandum delatum & præſtitum, non licet judici amplius taxare, nec minus quam juratum fuerit, condemnare.* Mirum & indignum, nec veriſimile eſt, Tribonianum Juris peritiſſimum & Anteceſſores, ejus Collegas, ſi auctores hujus legis fuerint, ut vult Faber, miſcuiſſe jus, quod tractabant, ut cum notiſſimo judicis officio & quotidianâ Fori tritura nullo modo conveniret. Ut per tot ſecula duraverit hoc jus, nec uſa duntaxat comperta ſit ejus abſurditas & perplexitas. Scilicet delationem jurisjurandi in litem per ſententiam definitivam eſſe factam ſtatuit & ſupponit Faber. Ego vero, cur judex aliter quam per interlocutionem, jusjurandum detulerit, nihil cauſæ video: imo pro certo id habendum puto, cum quod à judice dicitur injungi & deferri. ſine mentione ſententiæ, id ad progreſſum litis, potius quam ad ſententiam, ubi hoc inquam non memoratur, ſit referendum, etſi Faber Sententiam fidenter adfirmat eſſe definitivam, ſed non probat. Atqui ſic omnis hæc argumentatio, qua tam prolixus eſt Faber, evaneſcit. Nam ſi conſtaret, eſſe definitivam, aliter reſpondendum foret, ut Accurſius etiam indicat. Authentica vero *poſt jusjurandum*, loquitur de jurejurando pœnæ cauſâ à Lege inflictâ contumaciæ, non ſiſtentis ſe judicio, cum vocatus eſſet, quam à judice minui pœnam, ne Lege clementior adfectet eſſe, vetat Imperator. Si hoc de jurejurando in litem ita præciſe traditum eſſet, ut non eſt, idem ibi foret obſervandum. Continuabitur hæc materia *ad legem ſequentem.*

Marcianus Lib. IV. Regulat.

In actionibus in rem, & in ad exhibendum & in bonæ fidei judiciis in litem juratur. Sed judex poteſt præfinire certam ſummam, uſque ad quam juretur: Licuit enim ei à principio nec deferre. Item &, ſi juratum fuerit; licet judici vel abſolvere vel minoris condemnare l. 5. in pr. d. Un lit. jur.

1. Antonius Faber; Hæc adjectio, à verbis, *ſed judex*, uſque ad verſ. *ſed in his omnibus*, tota eſt, inquit, à Triboniano, ſicut & quicquid in legibus no-

noſtris ſcriptum eſt, de taxando ad certam ſummam jurejurando in litem, ſive quid præſtandum ſit, ſive præſtitum, ut in *l. arbitrio* §. 1. *d. dolo mal. l.* 3. §. *Præterea Ad Exhibend.* & *alibi.*

2. Jurare namque olim licebat in infinitum & ſine ulla taxatione, inquit, & hoc probat ex *l.* 68. *d. Rei Vind.* quam tamen alibi totam à Triboniano eſſe contendit, ut vidimus *ad d. l.* 68. ubi vindicavimus Legem à Fabri argutiis, & ſententiam ejus convenientem cum *præcedenti l* 4. §. 2. defendimus; niſi quod de verbis, *ſine ulla taxatione*, laboretur; quæ ſpuria eſſe conjecimus: Etſi Accurſius & vulgò diſtinguunt inter taxationem à lege & à judice factam. Certe infinitum non omnino alienum eſſe à termino quoad uſque, docet inter alia lex 16. § 4. & 6. *d. Pigno.* ubi poſſeſſor hypothecæ creditori condemnatur, quanti in litem juravit neque tamen ad plus in eventu damnandus eſt, quam creditori debeatur. Non eſt igitur, quod Fabro tantam interpolandi licentiam concedamus, ut tot loca, quot ille ſuper hoc uno argumento notat; à Triboniano corrupta ſtatuamus.

Ulpianus Lib. xxvi. ad Edict.

Si parendi conditioni causâ, tibi dedero decem, & mox repudiavero hereditatem, vel legatum, poſſum condicere l. 1. § 1. *d. Condict. cauſ. dat. non ſec.*

1. Non convenire hanc poſitionem cum æquo & bono, cenſet Autumnus, in *Cenſurâ ad hunc loc.* Quia decem ex voluntate teſtatoris accepta ſunt; Proinde cum per te ſtet heredem, quo minus hereditatem vel legatum conſequaris, non debet eſſe locus condictioni. Sed quod Ulpianus hic docet, idem Paulus ejus æqualis & æmulus adfirmat in *l.* 56. §. 3. *d. Condict. Indeb.* ubi, *Etſi hereditatem adire nolui, vel non potui.* Habent hanc rationem, quod decem illa data fuerint, hac ratione, quatenus hereditas cum effectu acquireretur: eâque ceſſante causâ, nihil impedimento eſſet, quo minus, id quod erat penes alterum causâ non ſequutâ ſecundum hujus conditionis proprietatem, repeteretur. Atqui potuit hereditatem retinere, ſubjicit Autumnus, Imputet ſibi quod repudiaverit. Quaſi ab herede poſtulandum eſſet, ut hereditatem adiret damnoſam; aut ſi libertate repudiandi, quæ legitima eſt, uteretur, ideo, quod hoc reſpectu dediſſet, id amitteret, ac ita mulctaretur quia jus ſuum exercuit. Denique, conditionem implendo non acquirit heres extraneus hereditatem, ſed hanc novo actu animi, re aut verbis declarato, adhuc acquirere debet *l.* 13. *l.* 26. *d. Condit. Inſtit.* Quo non ſubſequuto, ceſſat manifeſtò cauſa, propter quam dederat. Et ſic æquitas hujus repetitionis ſecundum id, quod tacite contrahentes egiſſe videntur, habet locum, nec is qui accepit, lucrum è causâ nullâ meritò adfectat.

2. Heredem ſcilicet, extraneum eſſe intelligendum, monet Accurſius, & liquet arg. §. *ult. Inſt. d. Her qual.* Quod an aliter in ſuis heredibus obtineat, controverſum eſt inter Accurſium & Bartolum. Ille ſuum heredem amittere beneficium abſtinendi, Bartolus contra, putat: Accurſio plerique recentiores

Digitized by Google

aſſentiuntur, in quam partem late diſputat *hic* Anton. Faber, qui errorem Bartoli non minus *à palatiis*, *quàm à ſcholis profligandum* cenſet. Etſi de Curiis ego quidem dubito, an plerique diſcrimen illud antiquæ ſubtilitatis ſit placiturum. Imò & è legibus explicitam deſidero probationem. Textus enim qui proferuntur, nihil habent, quam ſuos heredes, ipſo jure, etiam ignorantes, acquirere hereditatem *d.* §. *ult Inſt. de Hered. qual. & diff l.* 8. *l.* 14. *C. de ſuis & legit. hered.* Abſtinendi verò beneficium, quod habent à Prætore, miſcendo ſe rebus hereditariis amittere *l.* 1. §. 5. *Si quis om. cauſ. Teſt. l.* 12. *l.* 57. *d. Acquir. hered. l.* 30. §. 10. *d. Fideicommiſſ. hered.* Unus eſt textus hac de re agens *in l.* 5 *d. Cond. & Demonſtr.* quem urgent inprimis; In eâ ſic ait Paulus; *Condititonibus pupillus & ſine tutoris auctoritate parere poteſt; Nec quem moverit, quod expletâ conditione, neceſſarius heres aliquando eſſe poteſt; nam hac jure poteſtatis fieri, non conditionis expletæ.* Quæ verba non videntur hoc, quod illi volunt, probare, ſed potius contrarium. Non ait Paulus, ſuum heredem, expletâ conditione, hoc ipſo fieri neceſſarium heredem *ſed poſſe fieri*, quod nihilo ſecus in extraneo herede fuerit, qui non poteſt hereditatem acquirere, niſi prius adeat, nec adire, niſi impletâ conditione *l.* 67. §. 7. *Ad SC. Trebell.* Quando autem filius tam. fit heres, id non fit vi conditionis expletæ, ait Paulus, diſerte, ſed jure poteſtatis; quæ tamen poteſtas ſola non poteſt effectum rei tribuere, niſi per immixtionem in rebus hereditariis. quæ non aliter fit, quàm aditio fieri ſolet ab extraneis declaratione ſpeciali, vel pro herede gerendo, aut aliquid amovendo *d. l.* 12. *d. l.* 57. *d. Acquir. hered.* Enimvero filium heredem eſſe, conditione impletâ, ſatis conſtat: non æque, illum hoc ipſo amiſiſſe beneficium abſtinendi, quod Prætor ſuis & neceſſariis dat heredibus, in hunc uſum ut eodem effectu libertatis, ſuſcipiendi hereditatem, gaudeant; quo utuntur extranei, ut conſtat è locis *ſuprà* adductis. Unde, cur minus hoc conditionis impletæ reſpectu ſtatuendum ſit, ego quidem non magis video, quam Bartolus admiſit. Forte occurret alibi hac de re amplior agendi occaſio. Cenſuram ſanè hujus loci, ſive ad extraneum heredem ſolum, ſive etiam ad ſuum pertineat, etſi Belga cenſor & Abrogator adſtipulatur Autumno, nihil meritò moramur.

Ulpianus Lib. xxvi. ad Edictum.

Sed ſi tibi dedero, ut Stichum manumittas, ſi non facis, poſſum condicere; aut ſi me pœniteat, condicere poſſum. Quod ſi ita dedi, ut intra certum tempus manumittas, ſi nondum tempus præteriit, adhibenda erit repetitio, niſi pœniteat. Quod ſi pæniteat, condici poterit. Sed ſi Stichus deceſſerit, an repeti quod datum eſt, poſſit? Proculus ait; ſi poſt id temporis deceſſerit, quo manumitti potuit, repetitionem eſſe; ſi minus, ceſſare. Quinimo &, ſi nihil tibi dedi, ut manumitteres, placuit tamen ut darem, ultro tibi competere actionem, quæ ex hoc contractu naſcitur, id eſt, condictionem, defuncto quoque eo l. 3. §. 2. *d. Condict. cauſ. dat. non ſec.*

1. Cenſura hujus loci prima eſt in hanc poſitionem; Quod in contractu Do ut facias, pœnitere liceat, & quamdiu alter non fecit, revocare quod datum eſt,

Digitized by Google

eſt, ſine ullâ cauſâ, niſi quod dans mutavit conſilium, *b. l. 5. in pr. & poſſ. b. t.* quod videtur eſſe contra naturam contractus & ſynceritatem fidei datæ. Nam ſicut initio libera poteſtas unicuique eſt, habendi vel non habendi contractus; ita renuntiare ſemel conſtitutæ obligationi, adverſario non conſentiente, nemo poteſt *l. 5. C. de Obligat. & Act.* Ideo plerifque viſum eſt Pragmaticis, qui magis ad æquitatem ſpectant; è contractu Do ut facias inde ab initio naſci obligationem, quæ pœnitentiam excludat, ut quidem Groenewegius teſtatur ad *l. 5 b. t.* inter primos citans Hugonem Grotium *lib. 3. Introduct. Holl. c. 6. in fin. & c. 31. n. 12.* in quibus locis ille quidem diſerte ſcribit contrarium; niſi nominatim pœnitentia à partibus excluſa ſit; De fide aliorum quos citat, videat Lector, ſi cui vacat. Sed D. Schotanus in *Exam. ad b. tit.* idem, quod Groenewegius, adfirmat, hac ratione, quam & ille præfert; quia moribus hodiernis ex nudo quoque pacto naſcitur actio; Quid ni igitur è datione juxta conventionem facta? unde ſine dubio naſcitur obligatio naturalis, quæ ut conſcientiam obligat, ita ſine læſione Conſcientiæ non videtur, altero invito, poſſe retractari.

2. Hanc difficultatem variè amoliuntur Interpretes. Antonius Faber ad hanc *L. verbis, Aut ſi me pœniteat. Contractus innominati*, inquit, *non perficiuntur, niſi implemento ex utrâque parte ſecuto: Et ideo quamdiu ſecutum non eſt ex parte tuâ, cum decem tibi dedi, ut Stichum manumittas, poteſt me pœnitere, quia contractus nondum perfectus eſt.* Sed hæc Fabri interpretatio repugnat Ulpiano, qui ex Ariſtonis ſententia, tali ſpecie, quando quis dedit rem, ut alius quid faciat, inde naſci civilem obligationem, ad hoc, ut ille faciat, quæ eſt præſcriptis verbis actio adfirmat, quemadmodum ſi quis fecerit id de quo convenerat, etſi alter non dederit, actio illi datur, ad hoc, ut detur *l. 15. d. Præſcr. verb.* & notum eſt, præſcriptis verbis actionem ad hoc imprimis eſſe comparatam, ut contractus ab una parte impletus dando vel faciendo ab alterâ quoque parte impleatur: Quod urgeri non poſſet, ſi facto vel datione ab una parte præſtita, contractus nullo modo perfectus eſſet. Dicendum igitur contractus Innominati perfectionem in hoc conſiſtere; quod implemento ab unâ parte præſtito, detur actio ad alterius partis præſtationem.

3. Aliam init rationem Mæſtertius in *tract. de Juſt. Leg. Rom.* qui ex ipſo Jure Romano contractus innominatos inde ab initio utrumque tam validè obligare contendit, ut nec ei qui dedit, antequam alter dederit, vel fecerit, pœnitere liceat, *cap. 37. & 38.* nec eſſe in eâ re differentiam inter nominatos & innominatos Contractus; ſed in utriſque id obſervari, ut in iis, qui unius in gratiam initi ſunt, quatenus alterius non intereſt, alteri ſemper revocare liceat contractum, ut in Depoſito, Societate, Mandato ſimilibusque demonſtrat; ingenti verborum & textuum apparatu nihil agens, quàm ut durationem contractuum, cum ipſo ſynallagmate & vinculo obligationis confundat; hoc enim ſtatim partes ad effectum actionis ligat in perpetuum. Sed duratio in uſu mutuo, juxta cujuſque negotii naturam variat, quibusdam brevi & uno actu tranſeuntibus, ut eſt emptio venditio: plerifque tractum temporis habentibus, ut Locatio Conductio, Mandatum, Societas: Ex cujus varietate durationis, perfectio Contra-

ctus ſemel commiſſa non ſuſpenditur. Nec ſi quis uſum contractus abrumpere poſſit, idcircò tollere poteſt obligationem. Id equidem verum eſt, Contractus, qui unius in gratiam ineuntur, re adhuc integrâ, poſſe revocari; ſed Contractus innominati, Do ut des, Do ut facias, facio ut des, & Facio ut facias, in utriuſque gratiam & utilitatem manifeſto contrahuntur, ut hæc quidem diſtinctio illis applicari non poſſit.

4. Quid ergo? Cum in Emptione Venditione, Locatione Conductione, non liceat rem, pretio licet vel mercede necdum ſolutis, repetere; cur quod datum eſt, ut fiat, antequam fiat, repeti poteſt; idemque in cæteris Innominatis quæritur. Cur non æquè in his agendum eſt ad implementum & præſtationem alterius partis, quam ad revocationem ejus quod ab unâ parte jam datum eſt? Videtur hæc eſſe ratio, quod hi contractus ſint rariores & minus neceſſarii, quam Emptio Venditio, Locatio Conductio & cæteri Contractus qui ab uſu illo frequente Nomina adepti ſunt. E quorum retractatione tam facili, commercium, & vita communis turbarentur; Cum alioqui non ſit à ratione vel jure naturali alienum, Civibus hanc indulgere libertatem, ut qui à ſua parte Contractum aliquem implevit, ſi alter nihil adhuc viciſſim egerit, à ſe quoque datum repetere poſſit: modo non ſpecialiter id actum ſit, quod rectè Grotius excipiebat, ne pœnitere liceret. Iſtam libertatem viſum eſt relinquere in hiſce contractibus Innominatis. In quibus contrahendis id tacite egiſſe videntur, ſi nihil, inquam, aliud expreſſum fuerit; ut is, qui primus daret, quamdiu alter viciſſim non dediſſet feciſſetve, datum à ſe repetere poſſet. Hæc ratio videtur huic parti Cenſuræ ſatisfacere, tametſi Faber multa nimis acute in diverſum & in infinitum. An autem pro hypotheſi moris hodierni, quo pactum parit actionem, aliud obtinere dicendum eſt? Non videtur. Nam qui fidem dat abſolute, non habet rationem jus alteri acceptatione quæſitum auferendi. Sed qui promiſit cum reſpectu facti vel dationis ab altero vice mutuâ præſtandi, quamdiu hic nondum fecit aut dedit, nihil auferre videtur alteri, quando rem ſuam repetit, alterumque à dando vel faciendo liberat, ſi lex ob publicam utilitatem commerciorum non intercedat: quemadmodum in contractibus innominatis eſt conſtitutum. Adde ſis D. Wiſſenbachium *ad Tit. π. de præſcr. verb. n.* 10.

5. Sed eſt aliud in hunc locum Cenſuræ argumentum. Ulpianus ait; ſi nihil tibi dedi, ut manumitteres, placuerit tamen, ut datem, ultro tibi competere actionem, id eſt, condictionem defuncto eo, qui manumittendus erat. Quam ſententiam Antonius Faber non putat defendi poſſe, quia tale placitum de dando nihil eſt, quam nudum pactum, unde non datur actio: Et contractus innominatus à dando aut faciendo habet initium, nec prius eſt perfectus, ſicut utrumque diſcimus ex *d. l. 7. in pr. &* §. 1. *d. Pact* Nec enim Dabo ut facias, ſed Do ut facias eſt contractus innominatus. Multo minus quam illud, ferre ſe poſſe Faber ait, quod Ulpianus adfirmat, eo caſu, quo nihil datum eſt, naſci condictionem; Siquidem ei, qui à ſuâ parte contractum implevit, adverſus alterum, qui nihil dedit aut fecit, datur actio præſcriptis verbis, in id quod intereſt, non condictio. Et hæc datur ei, qui dedit, ſi pœniteat. *l. 1. in fin. d. Rer. permut. l. 5. §. 1. & ſequ. d. Præſcr. verb. l. 4. 5. 6. C. de Rer. permut.* Proinde fa ſam

hujus

hujus verſûs ſententiam, poſt longam inquiſitionem, & à manu Triboniani eſſe, durat adſerere Faber, refutatis quæ Gloſſa aliique protulerunt. Si poteſt fieri, ut conditorem Juris, Juſtinianum, qui toties in perſonâ Triboniani vapulat; imputatis flagitiis ita eximamus, ut ne Artis honos veritati præjudicet: demus id operam, cenſeo.

6. Placuerat ut decem dares, quo ego Stichum, quem alioqui diſtracturus eram, hoc enim ponendum eſt; intra certum tempus manumitterem. Is ante tempus eſt mortuus; Actio tamen ultro mihi competit, in id quod intereſt mea, quoniam ſi tu mihi non promiſiſſes decem, ut ſervum manumitterem; ego illum diſtraxiſſem. Id quod intereſt enim ſupponit hoc, quod alioqui ſervum diſtracturus fuiſſem; ut rectè obſervat Accurſius ex *l.* 15. §. 4. *h. t.* etſi Faber multis contra nitatur. Sed tum actio naſcitur ex Dabo ut des, quod eſt pactum; actionis incapax. Dixerim ita; Pactum dandi, ut fiat aut detur, fit contractus innominatus, ubi ab alterutrâ parte impletus fuerit dando vel faciendo; Tunc enim eſt do, ut facias; vel facio, ut des. Ita ſervo manumiſſo, in hac ſpecie fuiſſet contractus innominatus: Eodem mortuo ante manumiſſionem, cum vendere eum diſtuliſſem, perinde habendum eſt, ac ſi manumiſiſſem; ſaltem ut id quod intereſt petam ratio ſumma dictat. Excedit quidem hæc res ordinarios contractus innominati terminos: ſed eſt hoc genus ejusmodi, ut varias cauſarum figuras recipiat *L.* 1. *d. Obl. & Act.* Fatendum tamen, quod hujusmodi actio ex hoc contractu innominato ad id quod intereſt, certè non ſit condictio, etſi hic textus ita loquitur, *mirabiliter*, ait Accurſius; condictionem intelligi vult generalem *l. 9. pr. d. Reb. Cred.* At hanc niſi fallor, excludunt verba textus, *quæ ex hoc Contractu naſcitur.* Magis eſt, ut putem hæc verba, *id eſt, condictio,* [illegible], irrepſiſſe in textum à manu imperiti notatoris, à quo ad marginem appoſita in textum à deſcriptore conjecta ſint; ne Tribonianum juris, *ut ajunt* ipſius *inimici*, peritiſſimum talis imperitiæ arguere neceſſe ſit.

7. Poſtremò, An moribus hodiernis è contractibus innominatis ſublata ſit pœnitendi facultas, in *Prælect. h. t.* quæſivimus *ſub fin.* ubi & auctoritas ſupremæ Friſiorum Curiæ in contrarium, & Grotii, quam ſuprà attigimus, & aliorum. Denique, removimus ibi argumentum è Pacto nudo, ad hos contractus applicitum atque productum *ſuprà in Reſponſ. ad ſchol. Thomaſ.* Nec cauſam videri à præſcripto Juris Civilis hac parte recedendi, demonſtratum eſt, ut tamen non omnes recuſemus exceptiones, quas habet Brunemannus *ad l. 5. h. t.*

Ulpianus Lib. xxvi. ad Edictum.

Neratius etiam Libro Membranarum refert, Paridem Pantominum à Domitiâ Neronis filiâ, decem, quæ ei pro libertate dederat, repetiſſe per judicem: Nec fuiſſe quæſitum, an Domitia ſciens liberum accepiſſet. l. 3. §. 5. verſ. Neratius. d. Condict. cauſ. dat. non ſec.

Adulationis ſpeciem hic locus præfert, dum juridice rem per ψήφισμα tyrannicum juſſu Neronis judicatam defendit. Teſtis in eâ re eſt Tacitus *lib. 13. Annal. c. 27. ſub fin. Nec multo poſt,* inquit, *ereptus amitæ libertus Paris, quaſi Jure*

Digitized by Google

re Civili, non ſine infamiâ Principis, cujus juſſu perpetratum ingenuitatis judicium erat. Fuerat ſervus Domitiæ Paris ille, cui decem ſeſtertia Pantomimicis artibus quæſita pro libertate dederat. Inde libertus ejuſdem fuerat, ſed conciliatus arte ſuâ Neroni, ingenuitatem adfectavit, vocatâque in jus Domitiâ, Principis auctoritate corruptis judicibus, ingenuus eſt pronuntiatus, & pecuniam, ut ſine causa datam recuperavit. Sententia tam flagitioſa, in exemplum Juris adducenda fuiſſe non videtur à Neratio & Ulpiano. Verum ad hoc facilis reſponſio fit; Alia facti, alia juris eſt quæſtio; De facto, an fuerit Paris vere ingenuus, nec ne, JurisConſulti hoc loco non differunt; Eventum rei judicatæ conſiderant, quæ pro veritate habetur, *l.* 19. *d. Stat. Hom.* etſi Judex inique decernat *l. pen. d. Juſt. & jur.* Hoc ſuppoſito, fuiſſe Paridem ingenuum; ſuccedit quæſtio, an pecuniam, pro manumiſſione datam repetere potuerit; & reſpondent, Jure eam potuiſſe repeti, quia cauſa propter quam data erat, ipſo jure nulla fuerat. In hac collectione nihil eſt flagitii. Facti hiſtoriam Tacitus, non Juris-Conſulti tractaverunt.

2. Sed heus Nerati & Ulpiane! Domitia, cujus Paris ille fuit libertus, filiane fuit Neronis, qui tunc ipſe vix erat annorum viginti? Illene filiæ ſuæ libertum eripuit, qui filiam adultam habuit nullam? & ſi habuiſſet, hæc Claudia potius, ex adoptiva nobilitate Parentis, quam Domitia vocata fuiſſet. Imo Tacitus ipſe vocat illam, quod fuit certiſſime, Neronis *amitam*, & in loco *ſupra* collocato, *& ſupra eodem libro cap.* 20. Mirum eſt, Fabrum, qui hac de re nihil, & Τριβωνιανομάστιγας, non accuſare in hac re Compilatorum imperitiam; aut Criticos emendatoriâ manu duos tales JurisConſultos in re tam celebris memoriæ à Cenſurâ non liberare. Credunt omnes, errorem eſſe, non ἁμάρτημα, ſed παρόραμα, dicit Cujacius 18. *obſ. c.* 33. *non peccatum, ſed oblivionem* tam ſupinam tamen, ut pro *filiâ* legere mallem *amita*, quam credere Neratium aut Ulpianum tam enormiter eſſe lapſos in re notiſſima. Bene tamen Cujacius & longe ab ejuſmodi Criticorum intemperie, qui toti in hoc ſunt, ut ejuſmodi, nec paulo minores memoriæ lapſus in aliorum ſcriptis indagatos, famoſis libellorum inſcriptionibus, & fictitiis erroribus, ut inde ſibi nominis aliquid aucupentur, augeant.

Ulpianus Lib. xxvi. ad Edictum.

Quamquam permiſſum ſit ſtatulibero, etiam de peculio dare implendæ conditionis cauſa, ſi tamen vult heres nummos ſalvos facere, poteſt eum vetare dare. Sic enim fiet, ut & ſtatuliber perveniat ad libertatem, quaſi impleta conditione, cui parere prohibitus eſt: & nummi non peribunt, ſed is, quem teſtator accipere voluit, adverſus heredem in factum actione agere poteſt, ut teſtatori pareatur. l. 3. *§. ult. Condict. cauſa dat.*

Ultima verba hujus loci Faber à Triboniano ſtatuit eſſe adjecta, contra juris & æquitatis rationem ex arbitrio æquitatis cerebrinæ, ut jam dicere occupavit *ad l.* 8. *§.* 10. *d. Inoff. Teſtam. & hic. & lib.* 8. *conject. c.* 7. Lector juriſprudens Eunomiæ nihil metuet, ſi facti ſpeciem conſideret. Teſtator ſervum in diem juſſit eſſe liberum, ſub conditione, decem è peculio dandi Cajæ. Heres non vult

vult hos nummos Cajæ ſolvi, verum ſibi illos facere ſalvos; Ideoque ſervum dare vetat. Attamen ipſi libertatem concedere cogitur, quia ipſe fuit impedimento conditioni implendæ. Sed an ita fas eſt heredi, circumvenire voluntatem Teſtatoris? Minime, ut docet Lex 92. *d. C. & D.* Sed Caja in factum adverſus heredem agere poteſt, ut ſibi decem dentur. Quo nihil eſt ſanctius & æquius. Sed, Faber, hoc repugnat conſilio, prius ab Ulpiano dato; qui proinde non ſubjecit hoc, ſed Tribonianus. Ab utro ſint hæc ultima verba, nihil eſt æquius ad Eunomiam. Sed nec Ulpiani conſilium video; Heredis lucrifaciendi propoſitum video, quod ſi comiter Ulpianus eludat, nihil abſurdi commiſerit. Aliter Accurſius, quem vide ad *h. l.* 3. §. *ult.*

Ulpianus Lib. 11. Diſputationum.

Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas: deinde parato tibi ad proficiſcendum conditio temporis vel valetudinis, impedimento fuerit, quo minus proficiſcereris; an condici poſſit, videndum; & cum per te non ſteterit, poteſt dici, repetitionem ceſſare. Sed cum liceat pœnitere ei, qui dedit: proculdubio repetetur id, quod datum eſt: niſi fortè tua interſit, non accepiſſe te ob hanc cauſam pecuniam: nam ſi ita res ſe habeat, ut, licet nondum profectus ſis, ita tamen rem compoſueris, ut neceſſe habeas proficiſci, vel ſumptus, qui neceſſarii fuerunt ad profectionem, jam feciſti, ut manifeſtum ſit, te plus fortè, quàm accepiſti, erogaſſe, condictio ceſſabit. Sed, ſi minus erogatum ſit, condictio locum habebit: ita tamen, ut indemnitas tibi præſtetur ejus, quod expendiſti l. 5. in pr. d. Condict. cauſ. dat. non ſec.

1. Antonius Faber hunc locum Ulpiani eſſe contendit, à *Princ.* duntaxat uſque ad verba, *poteſt dici*; pro quibus tamen Ulpianum ſcripſiſſe vult, *dicendum eſt.* Tribonianum id ſine ratione mutaſſe, ineptiſſimeque reliqua adſuiſſe. Quod creditu nobis difficile videtur, cum, quia ſermo non degenerat notabiliter; tum, quia non poſſumus in animum inducere, Compilatores Juſtinianæos antiquorum ſciptis intuliſſe manus ſuas aliâ cauſâ, quam ut jus vetus novis Conſtitutionibus attemperarent; cujus rei nulla cauſa in pleriſque Fabri emblematicis accuſationibus apparet. Argutias autem contra textus excogitare, tam facile cuivis eſt, quam ad eaſdem reſpondere longum & tædioſum. Quid eſt in hoc loco? Quæſtio celebris; Si caſu fortuito, qui pecuniam accepit, ut faceret, facere non potuerit, an is qui dedit, repetendi jus habeat? Non poſſe, *dici poteſt*, ait Ulpianus. Diſputando ſcilicet, ut bonus ſed *miſer*, ait Faber, Accurſius interpretatur. Ipſe, *dicendum eſt*, inquit, fortiter & abſolute poſuiſſet Ulpianus. Atqui deciſio non eſt ex illis, quæ ſimpliciter & ſine ſcrupulo collocari poſſunt. Nulla fere crebrioribus eget diſtinctionibus, ut Wiſſembachius noſter ad *h. tit. n.* 5. demonſtrat. Ergo ſuſpensâ enuntiatione, *dici poteſt*, inquit Ulpianus; non ſine temperamento, ſcilicet. Eſt quidem ratio non repetendi, quod per accipientem non ſteterit: ſed danti non poteſt negari facultas in contractibus innominatis ordinaria, quâ pœnitere licet. Hæc enim impedimentis alteri objectis auferri non poteſt; ut tamen accipienti iniqua con-

conditio non inferatur, ſi ſorte per revocationem dantis ipſi vel damnum inferatur, vel lucrum auferatur. Quod JurisConſultus aliquanto latius exequitur hoc modo: *Si res ita ſe habeat, ut licet nondum profectus ſis, ita tamen rem compoſueris, ut neceſſe habeas proficiſci*; Audeo dicere, circumductum hocloquendi genus non eſſe Tribonianæum, eſſe magis antiquum. Sed Faber, *Quis caſus eſſe poteſt*, ait, *in quo neceſſe habeas Capuam ire pro me invito? Accurſius unum illum reperit*, ſi juraveris te iturum; Unde reliqui DD. colligunt exceptionem à regulâ; quod ad factum nemo poſſit cogi. Sit gloſſa Inanis: Inanior eſt Fabri captatio, quod fieri nequeat; ut tu neceſſe habeas ire *pro me invito.* apage illud, *me invito*, quod non eſt in textu. Qui accepit, ut iret, ita rem conpoſuit, ut neceſſe haberet ire, priuſquam alter revocaret, & de invito conſtaret. Τὸ neceſſe autem *civiliter* accipiendum. Iturus Capuam res alias alioſque homines in idem tempus & locum condixiſti, ut aliter eas expedire non poſſis: Ita neceſſe habes ire Capuam.

2. Rurſus ad verba, *ut manifeſtum ſit, plus forte, quàm accepiſti erogaſſe*; Faber, id *multò ineptius & Triboniano dignius eſt. Quis enim te fingat tam ſtultum; ut pro me iturus Capuam plus expendas, quam acceperis, nullis tamen factis ſumptibus, niſi neceſſariis, nulloque tibi operæ tuæ pretio relicto?* Quaſi non ſæpe homines animi vel amicitiæ cauſâ legationes & curationes, quarum ſumptus neceſſarii excedant honorarium, (nec enim de mercede locationis conductionis, quæ reſpondere ſolet operæ, agimus) ſuſcipiant. Faber. *Sed & quomodo fieri poteſt, obſecro, ut & manifeſtum ſit, & dubium, te plus expendiſſe in ſumptus iſtos neceſſarios, quam acceperis? Et tamen utrumque ponit Tribonianus his verbis, ut manifeſtum ſit plus FORTE, quæ nonniſi abſurde conjungi poſſe Accurſius quoque videt.* Adeò nihil vetat, Tribonianum fuiſſe bardum & ſtupidum; & ſui contradictorem *in adjecto*, quod vocant, ut Ulpiano aut Veteribus nihil ejusmodi evenire potuerit. Ad hanc difficultatem removendam Jaſon, ut eſt in notis ad Accurſium, reſpondit, vocem *manifeſto* referri ad verbum *erogaſſe*, & voculam *forte*, ad verbum *plus.* Ego vertam potius, & ad *manifeſtò* τὸ *PLUS*, *Forte ad* τὸ *Erogaſſe* retulerim; hoc ſenſu; *forte* uſu veniſſe, ut *erogaverit, manifeſtò plus* quam ſit honorarium. Ne dicam, Τὸ *forte* ſæpe παρέλκειν, & nihil ſignificare, quàm *verbi gratiâ*, *puta*, ut Briſſonius in de V. S. docet, adductis pluribus exemplis. Ad cæteras in Tribonianum cavillationes refutandas nolo perdere tempus, & tædium augere Lectori, ultrò, ſi vacat & libet, facile reſponſuro.

3. Extat adhuc Autumni Cenſura *ad hunc locum*; In id quod Ulpianus ait, non dari repetitionem, quatenus accipientis intereſt, ob ſumptus factos, quia ſtetit per caſum fortuitum in perſona accipientis commiſſum, ut per adverſam valetudinem, ſicut hic caſus ponitur. Atqui tum dari repetitionem probat ex *l. 15. §. item cum quidam 6. D Locati*, ubi pecunia pro vecturâ data, nave amiſſâ, repetitur; quia munere vehendi functus non eſt. Sed hæc res incidit in locum Communem Quæſtionis notæ, an detur condictio, ſi per caſum fortuitum cauſa ſequuta non fuerit; ad quem non ſimplici diſtinctione reſpondetur, ut videre licet, poſt alios apud Wiſſembachium noſtrum *loco citato.* Quod ad hunc locum attinet,

attinet, parum eſt difficultatis: Si per cauſam dandi, qui accepit, ut faceret, adflictus ſit à fortunâ, quod malum alioqui non fuerat paſſurus, æquum eſt, eum retinere de pecuniâ, quod ad indemnitatem ſuam requiritur, ut hic; cum ad iter, quod alioqui non erat ſuſcepturus, ſe comparavit. Alioqui caſus fortuitus, qui non habuit occaſionem propriam à datione, non tribuit illi retentionem, qualis in *d. l.* 15. §. 6. ubi nauta, cujus erat inſtitutum navi ſe committere, naufragium paſſus eſt, quod ab hoc facto non profectum eſt peculiariter, cum ſive pro me, ſive pro alio, utique vehendi munere functurus fuiſſet, quemadmodum fungi ſolitus fuerat. Sed de *l.* 15. §. 6. locus occurret proprius ad *Tit. de Locat. Conduct.*

Ulpianus Lib. 2. Diſputat.

Si ſervum quis tradiderit alicui ita, ut ab eo intra certum tempus manumitteretur: ſi pœnituerit eum, qui tradiderit, & ſuper hoc eum certioraverit, & fuerit manumiſſus poſt pœnitentiam: attamen actio propter pœnitentiam competit ei, qui dedit: planè, ſi non manumiſerit, Conſtitutio ſuccedit; facitque liberum, ſi nondum pœnituerat eum, qui in hoc dedit. l. 5. §. 1. *d. Condict. cauſ. dat. non ſec.*

1. Servus traditus ſub lege manumittendi, ſi non manumittatur, fit tamen ipſo jure liber ex conſtitutione Divi Marci: quo reſpicit hic Ulpianus, dum meminit *Conſtitutionis l. ult. d. ſerv. export.* Non excluſa tamen pœnitentiâ dantis, re adhuc integrâ *h.* §. 1. Sed totum hunc locum eſſe à manu & inſcitia Triboniani, non minus audacter idem Faber adfirmat; aliquanto, ut videtur, ratione, ſaltem difficultate majori, tam verbis, quàm re conſideratis. Nam & ſermo ſuſpectior eſt Tribonianiſmi, & ſpecies inexpectata; Contractum eſſe Innominatum, Do, ut facias, ex quo is quis facturus ſit, nihil utilitatis percipiat; cum potius hæc, donatio ſervi ſub conditione manumittendi eſſe videatur, vel contractus Mandati *l. ſi hominem.* 30. *Mandati*; ubi prorſus eadem facti ſpecies Mandati jure cenſetur & tractatur, quam hic Tribonianus abſurde ad *Do ut Facias* retulerit. Actio vero quæ datur hic, in caſu pœnitentiæ, non poteſt eſſe condictio, quia quod datum eſt, ſcil: ſervus manumiſſus, condici nequit, & actio præſcriptis verbis non datur ei quem pœnitet; ſed ei, qui urget factum adverſus eum, qui à ſua parte contractum non implevit *l.* 5. §. 1. 2. *& paſſim d. Præſcr. verb.* Hæc fere ſunt, quæ fusè & enixe urget & deducit Faber, argutiis & cavillationibus aucta prolixis. Ego, ſi quid verbis mutaverit Tribonianus, non reluctor admodum, de toto complexu non putem. De ſtylo, arguit ille primo verbum *tradidit*, cum deberet dicere, *dedit*, hoc eſt, dominium tranſtulit *l.* 167. *d. R. J. l.* 75. § *ult. d. V. O. junctâ d. l.* 30. *Mandati*: cum traditio tantum ſit poſſeſſionis tranſlatio *l.* 1. *&* 7. *d. Act. emp.* Quaſi non ſæpe *tradendi* verbum pro *dando* acciperetur, ut in hac ipſa facti ſpecie; Cajus *in l.* 27. §. 1. *Mand.* Briſſonius *in Traditio.* Stipulari *& tradere* conjunguntur, ait, *cum omnem obligationem & dominii tranſlationem ſignificare volunt JurisConſulti*, ubi agmen textuum.

2. Quod ſequitur, nihilo ſolidius eſt: Verba *intra certum tempus* ſupervacua eſſe, dicit, acute nimis. Quid enim inſolens, ſi in eo, quod exempli gratiâ ponitur, aliquid inſertum ſit quod abeſſe poſſit? Quis hoc veterum adeo præciſe obſervat? Præter quod hoc ipſum non eſt otioſum, reſpectu ejus, quod dein ſequitur, de certiorato in tempore eo, qui ſervum acceperat. Inſectatur dein verba, *ſi pœnituerit eum qui tradidit, & ſuper hoc eum certioraverit, & fuerit manumiſſus*, quæ verba ſic cumulantur; quaſi idem ſit, qui & certioratus, & manumiſſus eſt, cum tamen de tribus diverſis perſonis intelligenda ſint, *ait*. Equidem ſi pretium operæ eſſet, id genus conciſos modos ex aliis JCtis in exemplum adducere, id in proclivi foret; maxime ſi nihil obſcuritatis inferant, ut hic nihil inferunt. Rurſus *certioraverit ſuper hoc*, ut Tribonianæum, non vetus, arguit. Atqui Certiorandi verbum extra dubium eſt temporis Ulpianæi *l.* 1. §. 1. *d. Act. Empt. l.* 20. §. 11. *d. Hered. Pet.* aliiſque locis, quæ vide ſis apud Briſſonium. Nec regit caſum rei, ut dicatur, *certioravit hoc*. Ergo *ſuper hoc*, nihil addit inſolentiæ. Rurſus; τὸ *Attamen* in tranſitu male poſitum in hoc textu; Cum enim ſit adverſativæ ſignificationis, nihil eſt in præcedentibus, cui adverſetur. Putem ineſſe tacite aliquid adverſativi, ſi hoc modo accipias; Manumiſſio non retractatur, ob favorem libertatis. Implicitum eſt hoc; etſi *manumiſſus* manet; *attamen* actio datur in manumiſſorem.

3. Viſum eſt hæc recenſere, quò conſtet, quam in infinitum eſſet diſputandum, ſi talia Fabri ſemper ſubſequenda forent. Rem quod attinet, Faber in hoc totus eſt, ut probet hanc ſpeciem facti ad mandatum eſſe referendam, ex *d. l.* 30. *Mandati*; ad *quam neque Bartolus, neque alius quiſquam pro Bartolo, aut Triboniano reſpondit*, inquit. Reſpondeamus igitur: Ego difficilius hanc ſpeciem Mandato, ut vult Faber, vindicarem, quam Bartolus in Do ut facias laborat. Nam ſervus eſt datus *in d. l.* 30. id eſt, in dominium accipientis tranſlatus; ut alter eum manumitteret. Non intelligo jus mandantis in ſervo, qui eſt alienatus. Nec Julianus ibi mandatum dantem ſervum & accipientem conſtituit; ſed ob interventum Procuratoris, qui manumiſſionem adminiſtravit, illud factum ad mandatum refert. Quod ſi mandatum non ſit in eâ ſpecie, quâ ſervus eſt datus, id eſt, alienatus, ut ipſe Faber ponit, ſub hoc modo, ut manumittatur, impeditá manumiſſione, numquid ad eum qui alienavit, ſervus redibit? Non video quo jure, niſi per cauſam condictionis causa non ſecuta. Nec aliter intelligere poſſum *l.* 27. §. 1. *d. tit. de Mandato*, ubi Gajus adhuc propius ad ſententiam & verba noſtrii textus; *Si ſervum ea lege tibi tradidero ut eum poſt mortem meam manumitteres, conſtitit obligatio. Poteſt autem & in meâ quoque perſonâ agendi cauſa intervenire: Veluti, pœnitentiâ actâ, ſervum reciperare velim.* Alienatum ſervum, facto ad quod datus erat, non impleto, vix aliter quàm condictione ea, quam dixi, repetere poſſe videor. De ſimilitudine dationis, quam cum nec Faber urgeat, ex his quæ diximus, animum donandi non adfuiſſe, ſatis colligitur in contrarium. Teneamus id quod *ſuprà* collocatum eſt.

4. Supereſt de genere & naturâ actionis, quam hic textus non exprimit; Faber nec Condictionem, neque Præſcriptis verbis actionem rationibus ſupradictis,

Digitized by Google

ctis, eſſe poſſe contendit. Ego cur utraque eſſe nequeat, non videre me fateor. Nam præſcriptis verbis actio datur ex innominato contractu, quoties alterius intereſt è contractu ab altero non ſervato; Quod hic uſu veniſſe manifeſtum eſt. Rurſus, condictio causâ datâ, causâ non ſecutâ, datur ei, qui à ſuâ parte contractum implevit, adverſus alterum, qui non implevit. Et cum res ipſa reddi non poteſt, faciendum, quod fieri ſemper opus eſt, ut in id quod intereſt Actio reſolvatur; cujus rei minimè inſolitæ terminos hic adeſſe, non poteſt negari. Eſt quidem in hac ſpecie facti aliquid inexpectati: Sed cum Faber ipſemet hujus loci ſententiam & deciſionem fateatur æquam eſſe, modo ad Mandati Speciem referatur; ego, cur non melius ad Do facias referatur nec video quicquam, nec cur ſi maximè Tribonianus ſit auctor, ejus id eſt, Juſtiniani auctoritatem Fabrianæ non præferamus: Denique nec repetendi jus, quod ipſe Faber dat, ex aliâ causâ proficiſci videtur.

Ulpian. Lib. 1. Diſput.

Idem ſi quis dederit Titio decem, ut ſervum emat, & manumittat; deinde pœniteat: ſi quidem nondum emptus eſt, pœnitentia dabit condictionem, ſi hoc ei manifeſtum fecerit, ne, ſi poſtea emat, damno adſiciatur: ſi verò jam ſit emptus, pœnitentia non facit injuriam ei, qui redemit pro decem, quæ accepit, ipſum ſervum, quem emit, reſtituet, aut ſi antè deceſſiſſe proponatur, nihil præſtabit, ſi modò per eum factum non eſt. Quòd ſi fugit, nec culpâ ejus contigit, qui redemit, nihil præſtabit. Planè repromittere eum oportet, ſi in poteſtatem ſuam pervenerit, reſtitutum iri. l. 5. §. 2. d. Condict. cauſ. dat. non ſec.

1. Fatigat me & Lectorem ſuum meumque Faber, ſuis in Juſtinianum Cenſuris. Nec ero, ſi potero, nec debeo, quam ille, tam prolixus, ſiquidem penitus, hac perſonâ ſuſceptâ, Clariſſimi Interpretis rationes prætervehi non licet. Quid autem monſtri de Jurisprudentia parat efficere, ſi tantos logos & diſputationes, miniſtri Juſtinianæi ſub nomine Veterum Juris Conſultorum ſubjecerint? Cui bono, roget Caſſius? cur ſuas ſententias Imperatori non dictarunt in novas Conſtitutiones? Quî tam deformis impudentia, primum Imperii Romani miniſtrum & Anteceſſores ab illo adhibitos ſubire potuit? Adde, qui tam artificioſe Ulpianum imitari potuerunt homines Græci, ut per tot ſecula nemini ante Fabrum fraus adeo immanis ſuboleverit, ut ex hoc univerſo textu Ulpiani præferente nomen, vix duo cola fuerint Ulpiani. Denique, Ulpianæi libri in bibliothecis hominum illius ævi eruditorum, cum Pandectæ ederentur, extiterunt. Quomodo ſperare potuerunt, enormes adeo falſitates & ſubornationes clam conſcientiæ orbis terrarum futuras?

2. Attamen quæ traduntur in his locis, ex ratione Juris conſiſtere poſſe, Faber negat, ut videtur, haud temere. *Hic quoque §. 2. Triboniani certe eſt*, inquit, *ut & cætera omnia, quæ ſequuntur ad finem uſque Legis; In eodem enim errore verſatur Tribonianus, ut putet, ſi dedero tibi decem, ut ſervum emas, & manumittas, contractum eſſe innominatum Do, ut facias, ex quo proinde naſci poſ-*

 ſit

ſit condictio, *ſi pœniteat*; *cum tamen hic quoque Contractus non alius ſit*, *quam Mandati*, & ex quo non alia, quam Mandati actio naſci poteſt, non etiam Condictio, *l. ſi procuratorem* 8. §. *ult.* & *l. ſequ. l. ſi mandaſſem* 15. *L. inter cauſas* 26. §. *ult. l. ſi quis alicui* 27. §. 1. *L. Qui negotia* 34. §. *ult.* & *ll. ſeqq. junct. l. ſi hominem* 30. *Mandati.* In quibus locis hoc eſt, nec aliud quicquam; Si quis mandaverit alicui ſervum vel prædium emere, inde Mandati actionem naſci. De pecuniâ ad emendum ſervum datâ, vel data, *ut* ſervus *manumittatur*, nihil, præterquam *in l.* 17. §. 1. & *l.* 30. de quibus actum *ad L. præcedentem.* Enimvero mandatum eſſe, cum quis dat pecuniam ad emendum ſervum, ut manumittatur, ſiquidem hoc in mandantis gratiam fiat, non negaverim; Quod ſi rogatu magis accipientis fiat, cur *Do ut facias* eſſe nequeat, ut Bartolus aliique ſumunt, cauſam non video; Proinde nec cur decem quæ dedero, condici nequeant. Nam quod Faber ait, hic de ſervo in genere eſſe ſcriptum, in quem nulla neutrius affectio cadat, indignum relatu, nedum refutatu eſt; cum vox generis ad aliquem in hypotheſi proculdubio ſe referat.

3. Ejusdem valoris eſt, quod hic habetur, *Redemit*, pro *emit*; cum redimi ſervus pro emi, paſſim accipiatur, ut qui emendo liberetur, de quo vide Briſſonium in *Redimere.* Melius argumentum eſt è verbis; *Ne*, *ſi poſtea emat*, *damno adficiatur.* Quid enim? Dediſti mihi decem, ad emendum ſervum, ut manumittatur. Poſtquam te pœnituit, nec tamen ego certior factus ſum, damno adficiar? Iniquum hoc. Abſurdum verò id monere, ſi poſt certiorationem emerit. Ergo fiat error in his verbis; Nunquamne igitur Juris Conſultis veteribus accidit, rationes edere otioſas & inertes, ut neceſſe ſit, Triboniano pro Ulpiano hoc imputare; Dicat D. Ant. Ant Matthæus in diſſertatione, cujus inſcriptionem aliquoties habuimus; *Juris Conſultos ſæpe otioſas & inertes dictorum ſuorum rationes reddere.* Si Fabrum audimus, totum iſtum locum Tiboniano delegare oporteat. Sed mihi nec in Ulpiano, abſurdum hoc verborum comma videtur. Quæritur, an, ſi Titius acceptis decem juxta legem dictam, ſervum emerit, poſt dantis pænitentiam, condictione teneatur, quod ſi fiat, damno adficiatur; Et reſponſum eſt, cum non teneri: quia ſcilicet, damno adfici non debet illo caſu: Quid eſt in illa rationis occupatione abſurdi, quod putes? Aliud Fabri argumentum ad abſurdum eſt, quod dicitur, ſi *tanti* ſervus, ante certiorationem emptus ſit, hunc condictione repeti poſſe; quod negat Faber eſſe juris; cum id ſolum quod datum eſt, non ejus loco aliud repeti poſſit. Id vero nullo modo aliter habere ſe poſſe, cur potius Fabro quam Triboniano, ſi hic locus ab illo ſit, credere oporteat, non video: Vel quid abſurdi in hoc ſit; Cum mihi pœnitentiæ facultas detur, ſi tu ſervum meis nummis emptum ut manumittas adhuc teneas, nec ego nummos jam reciperare poſſim, ut eorum loco ſervus pœnitenti reſtituatur. Servus eſt emptus, manumittatur. Non eſt manumiſſus adhuc; cauſa non eſt ſecuta; Condictio competit; nummi dati non extant. Res loquitur, ſervum illis emptum, ei qui dedit, ſi pœniteat, eſſe reſtituendum.

Ulpia-

Digitized by Google

Ulpianus Lib. XXII. ad Edict.

Sed ſi accepit pecuniam, ut ſervum manumittat, iſque fugerit priùs, quàm manumittatur; videndum, an condici poſſit, quod accepit. Etſi quidem diſtracturus erat hunc ſervum, & propter hoc diſtraxit, quòd acceperat, ut manumittat, non oportet ei condici: Planè cavebit, ut, ſi in poteſtatem ſuam pervenerit ſervus, reſtituat id, quod accepit, eo minus, quo vilior ſervus factus eſt propter fugam. Planè ſi adhuc eum manumitti velit is, qui dedit: ille verò manumittere nolit propter fugam offenſus: totum, quod accepit, reſtituere eum oportet. Sed ſi eligat is qui decem dedit, ipſum ſervum conſequi: neceſſe, aut ipſum ei dari: aut, quod dedit, reſtitui. Quod ſi diſtracturus non erat eum: opertet id, quod accepit, reſtitui; niſi fortè diligentius eum habiturus eſſet, ſi non accepiſſet, ut manumitteret. Tunc enim non eſt æquum, eum & ſervo, & toto pretio carere. l. 5. §. 3. d. Condict. dat. Cauſ. non ſec.

1. Faber. *Pergit*, inquit, *Tribonianus in ſuis perſequendis diſtinctionibus, ex eodem errore profluentibus*; quod ſcilicet, Mandatum acceperit, pro contractu innominato *Do, ut facias*. Nam in ſpecie hujus L. Do tibi pecuniam, ut ſervum tuum manumittas, vult etiam Faber eſſe Mandatum, mea & tua & aliena gratia. Nec tamen reſpondet ad objectionem, quam res ipſa ei dictat, Mandatum eſſe debere gratuitum, *l. 1. § ult. Mand.* quod hic non eſt, cum detur pecunia; Unde planiſſime hæc ſpecies incidit in Contractum innominatum, ac ita rectè ſe habet hic textus. Inſtat Faber: Etiam de actione Venditi agendum fuit hoc loco, quia ſervus de quo hic agitur, venalis fuit, atque ita pecunia, ut pretium data eſt. Hoc eſt quod reprehendas; Do tibi pecuniam, ut ſervum, quem diſtrahere volebas, manumitteres, ſive id ego ſciverim, ſive ignoraverim, quis hoc eſſe dicet, emere ſervum; Emo quod ἐμὸν, id eſt, meum facere volo; ubi non agitur de dominio in emptorem transferendo, ibi non eſt emptio Venditio, ſed alia contractus ſpecies *l. pen. d. Contrah. empt.* Nolui ſervum facere meum, Immediate liberum fieri volo. Quid hoc ad emptionem venditionem?

2. Ejuſdem ingenii reliquæ ſunt argutiæ, niſi forte quod opponit verſiculo; *Sed ſi eligat.* Cur enim, *inquit*, is qui decem dedit, eligere poteſt ſervum, quem non dedit, idque per condictionem cauſâ data, cauſâ non ſecuta? quo nomine Accurſium id ita accipientem vocat miſerum, *quis enim non miſereatur ejus, quem Tribonianus ſub Ulpiani nomine tam imprudenter decipiat*, inquit. Imo Juſtinianus Conditor Juris hic loquitur; Tribonianus an Ulpianus ſit, nihil ad auctoritatem attinet, cum Imperator omnia ſua fecerit, ac ab ejus manu, non ab Ulpiano & cæteris veteribus hanc Artem in ſcholis & in Foris habeamus. Sunt igitur omnes miſeri Judices & interpretes, olim hodieque, non minus quam Accurſius, ſi non poteſt, eſt miſerum, reprehendere Juris Conditorem, quod eum qui decem dedit, ut ſervum ſuum manumittat, pro emptore ſervi non agnoſcat. Ego vero ne in hac quidem objectione rationem video: Decem tibi dedi, ut ſervum tuum manumit-

numittas; non vis manumittere, quid ni igitur repetam omne quod dedi? Si malo tamen ipſum conſequi ſervum, non ſimpliciter ad ſervum agam; hoc enim in Fabri argumentum incurreret: ſed alternative ſervum, aut decem quæ dedi, condicam; Id enim indicant verba, *neceſſe eſt aut ipſum ei dari, aut quod dedit, reſtitui.* Quid in hoc eſt iniqui aut ἀτόπου? Eligere pro malle ibi ſumitur, ſine pleno jure agendi abſolutè in alterum; quia mox arbitrium ſolvendi datur ei qui pecuniam accepit; quo tollitur novum Fabri argumentum, quaſi textus ſibi contradiceret, electionem dando prius danti, & mox ei qui accepit.

3. Ad verba, *Quod ſi diſtracturus non erat eum, oportet id quod accepit, reſtitui.* Negat hoc rationem habere Faber, Autumno Cenſore jam acutior, quia ſervus ſine culpa ejus qui decem accepit, fugiſſe ponitur, antequam manumitteretur. Ubi hoc, *ſine culpa*? Imo qui rem ſibi furto auferri paſſus eſt, ſemper in culpa eſſe creditur *arg. §. Item ſi fullo* 15. *de obl. ex del.* Quid ni etiam, qui ſervum non cuſtodivit? Sed pone ſis; fugiſſe ſervum ſine culpa, quod hic minimè ſcriptum eſt; An caſus ille fortuitus qui domino accidit in ſervo, impediet condictionem & pœnitentiæ facultatem auferret ei qui dedit pecuniam ob factum, quod ſecutum non eſt; Hoc potius non habet rationem, quia damnum hoc, etſi pecuniam, ut manumitteret, non accepiſſet, paſſurus fuerat; Et magis, ſi forte ſervus non ignoraverit pecuniam ſui manumittendi cauſâ eſſe datam; quin forte, quod dominus cunctaretur eum manumittere, fugit, metuens pœnitentiam dantis; quo caſu vere dominus haberet, quod ſibi imputaret.

4. Poſtremò Faber; Sed longe ineptior, inquit, eſt exceptio, quæ ſtatim ſequitur: *Niſi forte diligentius eum habiturus eſſet, ſi non accepiſſet, ut manumitteret: tunc enim non eſt æquum, eum & ſervo & toto pretio carere.* Primum Fabro ineptiæ argumentum eſt; *quia nec ſciri, nec probari hoc ullo modo poteſt, an fuerit dominus hunc ſervum diligentius habiturus; ſi pecuniam non accepiſſet, an vero negligentius, nihilque niſi inextricabilem facti quæſtionem & litis materiam diſtinctio hæc præbere poteſt.* Pone caſum; Dominus ſervo iratus eum in vinculis, in ergaſtulo, in piſtrino, in fodinis habebat, ut creberrime fieri ſolitum fuiſſe conſtat. Titius ſervum miſeratus dedit ei decem, u ſervum manumitteret. Hoc parans & primâ occaſione facturus, eum liberius habuit, quaſi ſtatuliberum Servus non fidens præſentibus & metuens pœnitentiam dantis, ut dein accidit, fuga ſe ſubduxit. Quid eſt civilius & obſervatu probatuque facilius? ut mirum ſit tanti Virum acuminis id imaginari non potuiſſe Fabrum. Illa vero domini indulgentia, negligentius habendi ſervum, pro cujus libertate pecuniam in manibus habebat, dum occaſione potiretur adeundi Prætorem, non erat ut merito culpæ imputaretur. Ideo corruit ultima Fabri inſtantia: *Deinde*, ait, *quia etiamſi ex facto conſtaret, fuiſſe dominum tanto diligentius habiturum ſervum hunc, ſi pecuniam non accepiſſet, ad eum manumittendum, tanto major tamen ratio eſt, ut ad pecuniæ reſtitutionem condemnari debeat, cum negligentia quæ in rebus propriis culpanda eſt, in alienis ſit coërcenda l.* 24 *§. ſi maritus Sol. matrim. juncta l.* 23. *in fin. Depoſ.* & porro contra Accurſium id alio trahentem diſputat. Dicamus, quod res eſt, eum qui dedit pecuniam domino, ut ſervum manumitteret, caſu quo diximus, non habere cauſam querendi, quod dominus accepta pecunia ſervum aliquanto liberius

Digitized by Google

berius habuerit; Id enim ſcopo dantis erat conſentaneum. Ideoque nihil eſt cauſæ, cur is qui dedit pecuniam, hujus indulgentiæ detrimentum ſoli domino ſervi, quem ipſe provocavit, nocere velit.

Ulpianus lib. 2. ad Edict.

Sed ubi accepit, ut manumitteret, deinde ſervus deceſſit: ſi quidem moram fecit manumiſſioni, conſequens eſt, ut dicamus refundere eum, quod accepit. Quod ſi moram non fecit, ſed cum profectus eſſet ad præſidem, vel apud quem manumittere poſſet, ſervus in itinere deceſſerit: verius eſt, ſi quidem diſtracturus erat, vel quo ipſe uſurus, oportere dici, nihil eum refundere debere: enimvero ſi nihil eorum facturus, ipſi adhuc ſervum obiiſſe. Decederet enim, & ſi non accepiſſet, ut manumitteret, niſi fortè profectio manumiſſionis gratia, morti cauſam præbuit; ut vel à latronibus ſit interfectus, vel ruina in ſtabulo oppreſſus, vel vehiculo obtritus, vel alio quo modo, quo non periret, niſi manumiſſionis cauſa proficiſceretur. l. 5. §. ult. d. Condict. cauſ. dat. non ſec.

1. Faber. *Hic verò, quis non miretur cunctantem hanc Triboniani noſtri & inelegantiam & inſcitiam; ſive contextum verborum, qui totus inſulſus & malè concinnatus eſt, ſive juris rationem ipſam intueamur.* Jam ſi nos inter eos ſumus, qui non mirantur cum Fabro hanc inelegantiam & ſtultitiam contextus & imperitiam juris in hoc textu, metuendum eſt, ne ſimus æque inſulſi, ac ipſum videri oprteat, ſi tam gravis ſine gravi cauſa Juris Conditorum Cenſor & Inriſor, qualis aliquoties viſus & deprehenſus eſt, appareat. In ſtylo carpit verbum *refundere*, pro reddere & reſtituere, *ſi diis placet*, inquit; Atqui, niſi fallit nos Briſſonius & loca ab illo citata in *refundere*, ſatis frequens in hoc ſenſu illud vocabulum eſt veteribus Juris Conſultis. Item *decederet*, pro *deceſſiſſet*; cujusmodi enallagæ ſi νοθεύσεως arguunt Textus Juris, næ magna illorum ſtrages fieret. Ubique Lector ejusmodi & majores anomalias in Juris Conſultis Veteribus, quæ ſæpius elegantiarum loco ſunt, offendet.

2. In Re, primum quod notat Faber, eſt hoc; Repetitionem pecuniæ datæ, ut ſervus manumittatur, ſi poſt moram manumittendi ſit mortuus, non venire è condictione cauſâ datâ, cauſa non ſecuta, *cujus* ſcilicet, *Tribonianus*, ait Faber, *eximius*, *ne dicam*, *perditus amator eſt*, ſed utili actione Venditi, quod ſuperius ad §. 3. jam refutatum eſt, cum nihil emptioni Venditioni ſimile in hoc negotio vertatur. Sed eſt argumentum aliud non ſpernendum; Si deceſſerit ſervus, pro quo dominus pecuniam acceperit, ut eum manumitteret, poſt id tempus quo manumitti potuerit, repetitionem eſſe; ſin minus, ceſſare *l. 3. §. 3. h. t.* Proinde, ſi dominus jam in itinere fuerit, ad præſidem aliumve magiſtratum, ut hic, coràm quo ſervum manumitteret, cum diligentiæ actum adhibuerit, nec in morâ fuiſſe dici queat; indiſtinctè eum non teneri dicendum videtur, ſecus atque hic intricate diſtinguitur. Accurſius jam reſpondit, locum indefinitum, qualis eſt in *d. l. 3. §. 3.* interpretationem capere ex eo loco, ubi res eadem exactius & diſtinctius explicatur, quod aliàs ſemper fieri notum & neceſſarium eſt. Bartolus addidit; dantis

ex pœnitentiâ repetitionem dari, modo ſervus occaſione dationis factæ, vel per cauſam dationis non deceſſerit, ſecundum hujus loci deciſionem. Faber negat, pœnitentiæ rationem hic uſu venire, quia in toto *hoc* §. non memoretur. Sed cum in *præcedentibus* §. §. ſemper in pœnitentiâ fundetur, & hic §. cohæreat prioribus, adeò ut Faber Editores, quod hunc à præcedente §. ſeparaverint, bis reprehendat, ἀπὸ κοινοῦ pœnitentia proculdubio repetenda eſt: Et quidem pœnitentia, quæ ante mortem ſervi teſtata fuerit, etſi forte nondum inſinuata domino. Id equidem Fabro non negamus; Tota hac L. potuiſſe brevius hanc rem abſolvi, hoc fere modo; Si dedi pecuniam, ut ſervum manumittas, hic eſt contractus innominatus, è quo datur condictio ex pœnitentia, modo per cauſam dationis nihil detrimenti domino ſine ſua culpa vel mora, inferatur. Sed deſumpta ſunt hæc loca è libris diſputationum, ubi cuncta particulatim excutiuntur. Si quid alicubi è calamo Digerentium Juſtiniani miniſtrorum adjectum ſit, de quo litigare nolumus; ut tamen hæc integra Lex ἔμβλημα falſum Triboniani ſit, nihil cauſæ profertur & eſt nimis immane. Modeſtior, etſi liberalis ſatis emblematum eſt Wiſſembachius noſter, in *Tractatu emblem. Tribon.* ſed hujuſmodi enormitatibus meruit Faber, me quidem non applaudente, ut Præceptor ille noſter, imitatus Bachovium, ingens ei convitium dixerit, hominem corrumpendæ Juris prudentiæ Natum appellans. Quod labores ejus immenſi & heroicum de Juriſprudentia bene merendi ſtudium nequaquam merentur.

Ulpian. Lib. III. Diſputat.

Si extraneus pro muliere dotem dediſſet, & pactus eſſet, ut quoquo modo finitum eſſet matrimonium, dos ei redderetur, nec fuerint nuptiæ ſecutæ: quia de his caſibus ſolummodo fuit conventum, qui matrimonium ſequuntur, nuptiæ autem ſecutæ non ſint: quærendum erit, utrum mulieri condictio, an ei, qui dotem dedit, competat. Et veriſimile eſt, in hunc quoque caſum, eum, qui dat, ſibi proſpicere: nam, quaſi cauſa non ſecuta habere poteſt condictionem, qui ob matrimonium dedit matrimonio non copulato, niſi fortè evidentiſſimis probationbus mulier oſtenderit, hoc eum ideo feciſſe, ut ipſi magis mulieri, quàm ſibi proſpiceret. Sed & ſi pater pro filia det, & ita convenit: evidenter aliud actum ſit, condictionem patri competere, Marcellus ait. l. 6. d. Condict. cauſ. dat. & non ſec.

1. Faber iterum prolixè de ineptiis & emblemate abſurdo Triboniani, à quo hanc quoque legem fere totam vult eſſe corruptam & ſuffartam. *In tota hac lege nihil*, inquit, *video, quod juris rationi quadret, nihil quod in ipſa verborum ſtructura bene cohæreat.* Si de ſolâ verborum ſtructura controverſiam faceret, hæc facilius à nobis tranſmiti poſſet. Sed quod nihil juris rationi quadret, hoc Eunomia prætervehi non poteſt. Non eſt tam obſcura Lex, ut opus ſit, ejus ſubducere & explicare ſpeciem. Primum Fabri argumentum à ſtylo, eſt ex his verbis, *quærendum erit*, deſumptum. *Ubinam gentium Ulpianus*,

Digitized by Google

nus, aut quis alius ex prudentibus ſic unquam locutus eſt? inquit. Mallem diceret, vel *dixiſſet*, (ne Tribonianiſmun alias à Fabro notatum, committam, (quid inſolentius ſit in hoc *Quærendum erit*, quam in *quæritur*, vel *quæſitum eſt*, ubique obviis; niſi quod hæc *factum* motæ quæſtionis, illud, quæſtionem in theſi indicant. II. *Dos ei redderetur*, verba ſunt ambigua, inquit, dantemne an mulierem ſpectent. Reſpondeo; Sint ambigua; Quin eſſe debuerunt ambigua; ſi non eſſent, quærendum non fuiſſet, ad utrum ſpectarent, in quo eſt omne textus argumentum. III. Caſus ineptè variantur; primo, qui dotem *dedit*; mox, *qui dat*. Quod Elegantiæ aliquis tribueret, ne ſemper idem, cum ad ſenſum nihil referat; hoc Faber ad ſtultitiam refert: IV. *Matrimonio non copulato*, negat bene dictum; *contracto*, *ſecuto* debuiſſe dici. Atqui matrimonio copulatos Ulpianus idem dixit in *l.* 32. §. 16. *d. Donat. int V. & ux.* copulatas nuptiis idem *l.* 8. *d. Senat.* Denique nuptiis copulatos & Nuptias copulatas Gordianus Ulpiano coævus, nec unâ ab eo generatione diſtans in *l.* 3. *C. de Dot. promiſſ. l.* 8. *C. de Nupt.* quæ refellunt Fabri grammaticam.

2. Sequantur argumenta rerum. I. Adverſus hæc verba; *Veriſimile eſt, in hunc quoque caſum, eum qui dat, ſibi proſpicere.* Condictio fundatur; ait Lex, in præſumptâ voluntate dantis; *quod tamen nonniſi valde ineptè dici aut credi poteſt*, inquit: nec enim condictionem naſci *ex conventione expreſſâ vel tacitâ, ſed ex ſolâ naturâ & æquitate negotii.* Non referam me ad doctrinam Bachovii, condictionis hujus cauſam unicè fundantis in tacitâ conventione, & quaſi contractu, quod nihil opus eſſe, neque rectum videri, diximus *in Prælect. ad h.t.* Sed quid hoc eſt, quod Faber poſtulat; In actionibus dandis aut non dandis, non eſſe conſiderandum, quid actum ſit expreſſe vel tacite inter contrahentes? Imo quid prius, quid uſitatius & convenientius, non modo in bonæ fidei, ſed etiam in ſtricti juris contractibus; quod exemplis adeo ſupervacuum eſt adſtruere, ut nihil ubique magis ſit obvium. II. Faber; *Quomodo poteſt ſibi proſpexiſſe, qui dedit in eum caſum, de quo non cogitaverit?* Pactus erat, dotem ſibi reddi, finito matrimonio. Accidit, ut matrimonium planè ſecutum non fuerit: Etiam in hunc caſum veriſimile eſt, eum ſibi proſpectum voluiſſe, ut putat Ulpianus, ac ideo dandam eſſe condictionem *Quis in dote conſtituenda & paciſcendo, ut finitis nuptiis reſtituatur, cogitet de tali dote, quæ nunquam dos futura ſit?* inſtat iterum Faber. Cavillatio tam iniqua, ut à malitiâ excuſari non poſſit. Quid enim convenientius, quam ut is, qui vult id quod plus eſt, etiam velit id quod minus eſt? Qui voluit dotem ſibi, finito poſt plures annos matrimonio, reſtitui, an ille eandem ſibi reſtitui velle non videbitur, ſi matrimonium prorſus ſecutum non ſit? Nihil in omni hac materiâ notius & uſitatius, ut *ad Tit. ff. Sol. matrim.* videre licet; Exempla addere promptum erat, ſi res exigeret, aut modus ſcribendi pateretur, infinitos Fabri logos æque prolixè perſequi.

3. Pergit; *Sed quod me magis movet, ut Triboniani manum agnoſcam, illud eſt, quod exceptionis loco ſubjicit; Niſi forte evidentiſſimis probationibus mulier oſtenderit, hoc eum feciſſe, ut ipſi mulieri magis quam ſibi proſpiceret*, cujuſmodi exceptiones Triboniano dicit eſſe familiariſſimas. *Sed dico, fieri non poſſe*, inquit, *ut in propoſitâ ſpecie, id eſt, cum extraneus pro muliere dotem dedit, hoc*

Digitized by Google

verà nihil deberem, quia per exceptionem, quod neſciebam, tueri me potuiſſem. Deinde repudium intervenit, & Sponſus dotem reddere cogitur: Utri? Sponſæ, an mihi? Quia pecunia, quam non debui, ad me pertinet, mihi datur condictio; niſi bene ſciverim, me nihil debere, tunc enim donaſſe eam videor mulieri, cui ſic actio datur. Quod ſi eum vere deberem, promiſerim, & non expectato nuptiarum eventu, ſolverim, quia non ſum liberatus à muliere, pro qua nihil revera, nuptiis non ſecutis, ſolvi, adhuc mihi datur condictio. Sed quia mulier ſuis Sponſalibus & ſuo rogatu cauſam dedit, ut ego ſolverem, contenta eſſe debet, ut ego ei cedam actionem meam, ad repetendam pecuniam. Quid eſt in hoc ultimo iniqui, ut à Fabro tam acerbè Triboniano cum falſi probro imputetur? Ait, Nervam & Atilicinum, & ex iis Julianum tractaſſe caſum, quo is, qui non erat debitor mulieris, pecuniam tamen pro eâ dotis nomine Sponſo promiſerat; *At contrarius plane & contradictorius eſt ille caſus, ſi promiſſor fuerit verus debitor*, inquit. Adeone verum non eſt, contrariorum eandem eſſe doctrinam, quod Dialectica docet, ut ſe mutuo non illuſtrent, aut ab uno ad alterum tranſiri non poſſit, quo nihil commodius & proclivius?

2. Faber; *Sed de hoc caſu, nihil tractaſſe Nervam & Attilicinum, ex eo apparet, quod verba illa*, ipſe poſſit condicere, *quibus ad propoſitam quæſtionem reſpondetur, non poſſunt conſtrui & regi ab illis præcedentibus*; Nerva, Atilicinus reſponderunt. *Scribendum enim erat*, ipſum poſſe condicere, *ut paulo ante*, ipſum repetiturum. *Item* mulieris eſſe actionem. Tribonianus ſcilicet, cum reliquis Digeſtoribus, nequidem latine, quod pueri tenent peregrini, conſtruere potuerunt! Quid ſi concedam, Nervam & Attilicium hunc caſum non tractaſſe; Julianum de ſuo illum addidiſſe, independenter à Nervæ & Attillicini dictis, unde me reſellet Faber, niſi dictionis & ſtyli argumento, quod jam ſatagit? Primo *Sin autem*, eſſe Tribonianæum: non veterum: qui dicant abrupte, *Sin*, vel, *vero* Subtiliſſima Criſis! Tu vero, ſi tam naſutus es, Lege, *ſi autem*, quomodo mei omnes Pandectæ ad Florentinum, qui ipſe non eſt ad manum, expreſſi, etiam Charondas, habent. Faber. *Sed manum & inſcitiam Triboniani apertius illud detegit, quod ſubjicit*, Et ante nuptias ſolviſſet, & nuptiæ ſecutæ non fuiſſent. *Quomodo enim poteſt quis ſolviſſe ante vel poſt nuptias, quæ nunquam fuerit ſequutæ.* Hoc vero non poteſt ferri, quod Faber Pandectarum compoſitores, non modo Juris & grammaticæ imperitos, ſed etiam ut ſenſus & judicii communis expertes proſtituit. Quid eſt tritius & popularius, quam ejusmodi anticipationes? Quis *ante pubertatem* dici poſſe negabit, de puero, qui dein non attigit pubertatem? Legatarium *ante conditionem exiſtentem* mortuum; inſuper habito, extiterit deinceps an ſecus conditio? Sic *Ante nuptias*, ut nos in exponendo caſu *hujus* §. non expectato, quid de Nuptiis fieret: minus id quidem καταχρηστικῶς, quam primogenitum dici conſtat, quem nemo natus ſequitur. Reliqua Fabri adhuc inaniora transmitto, quale eſt, ad hæc verba textus. *Cauſâ debiti integrâ mulieri ad hoc ſolum manere, ut ad nihil aliud debitor compellatur, niſi ut cedat ei condictitiâ actione.* Inſulſa verborum multiplicatio, inquit, cum paucioribus verbis dicere poſſet, *ad hoc ſolum manente, ut cedat ei condictitia actione.* Imo qui veterum lectioni adſue-

tus eſt, ejusmodi circumductas locutiones elegantiæ loco ab illis haberi & maxime frequentari, ignorare non poteſt. Ad rem quod attinet, fatetur hujus ultimi verſus rectè ſe habere ſententiam: niſi quod mulieri integram actionem, abſolute manere contendit; ut tamen fateatur, illam, ſi Sponſa ſolvendo non ſit, ex mandatu debitori ſuo teneri. Quid opus hoc circuitu? Rectius inde ab initio dixit Julianus (cum pace Fabri, non Tribonianus,) contentam actione ceſſa contra Sponſum eſſe debere mulierem; quod nec aliter urgebit debitor, quam ſi Sponſum minus ſolvendo eſſe putet; alioqui nihil expeditius eſt repetitione pecuniæ ipſius prorogatæ. Sunt plura ad h. Textum ἀναθεωρούμενα, de quibus prolixè Faber, ſed quæ ab hoc inſtituto aliena remittimus.

Pomponius Lib. XXII. ad Sabin.

Cum ſervus tuus in ſufpicionem furti Attio veniſſet, dediſti eum in quæſtionem, ſub ea cauſa, ut, ſi id repertum in eo non eſſet, redderetur tibi. is eum tradidit præfecto vigilum, quaſi in facinore deprehenſum. præfectus vigilum eum ſummo ſupplicio adfecit. ages cum Attio, dare eum tibi oportere, quia & ante mortem dare tibi eum oportuerit. Labeo ait, poſſe etiam ad exhibendum agi: quoniam fecerit, quo minus exhiberet. ſed Proculus dari oportere ita ait, ſi feciſſes ejus hominem, quo caſu ad exhibendum agere te non poſſe. Sed ſi tuus manſiſſet, etiam furti te acturum cum eo: quia re aliena ita ita ſit uſus, ut ſciret ſe invito domino uti, aut dominum, ſi ſciret, prohibiturum eſſe. l. 15. d. Condict. cauſ. dat. non ſec.

1. Servus furti manifeſti reus, capitis ſupplicio adficitur, ut hic legimus, quod eſt contra jus Divinum, pecuniâ lui furta jubens, & ſolum perfoſſorem nocturnum interfici permittens, idque ſine diſcrimine liberi hominis & ſervi *Exod.* 22. Idem rationi rectæ juſtæque proportioni inter crimen & pœnam adverſari, copioſe probat Ant. Matth. *tract. de Crim. ad l.* 47. *π. tit.* 1. *n.* 6. *& ſeqq.* Lex Romana decemviralis Liberos à ſervis ſeparavit, ut hi in furto deprehenſi de ſaxo Tarpejo dejicerentur, cum liberi duplo punirentur, teſte noctium Atticarum auctore *Lib.* 11. *c.* 18. Quod eſt inhumanum, cum ſervus ſit membrum ſocietatis humanæ; nec ſtatus differentia tam immane diſcrimen, quantum eſt inter vitam & mortem, inferre poteſt. Hinc Juſtinianus ipſe, furti manifeſti pœnam ex jure Prætorio dicit eſſe, quadrupli, tam ex ſervi, quam ex liberi perſona §. 5. *Inſt. de Obligat. ex del.* Unde igitur hic, ſummum, id eſt, capitis ſupplicium; quando Juſtinianus idem, ne membri quidem ullius amputationem furti causâ permittendam cenſuit in *Nov.* 134. *C. ult*? Exiſtimo, Præfectum vigilum nullo jure in ſervum hoc modo animadvertiſſe, nec ideo in exemplum Juris eſſe trahendum, ut etiam ſentit Anton. Faber *ad hunc L.* Etſi Gotofredus auctorem laudans Cujacium, hujus loci argumento probat, falli eos, qui negant, Jure Civili pœnâ mortis interdum fures adfectos fuiſſe, quo facit, inquit, *Lex* 56. §. 2. *d. Furt.* quæ docet, fures ſane criminaliter extra ordinem accuſari & puniri poſſe, capitali vero ſupplicio nequa-

quaquam. Eſt hoc igitur inter pauca Juris noſtri exempla rerum male judicatarum; quod ad Cenſuram Artis non pertinet, cum exceſſus ille tantum hic referatur, non laudetur.

Celſus Lib. III. Digeſtor.

Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares. Utrum id contractus genus pro portione emtionis & venditionis eſt? an nulla hic alia obligatio eſt, quam ob rem dati, re non ſecuta, in quod proclivior ſum. & ideo, ſi mortuus eſt Stichus, repetere poſſum: quod ideo tibi dedi, ut Stichum dares. finge alienum eſſe Stichum, ſed te tamen eum tradidiſſe: repetere à te pecuniam potero; quia hominem accipientis non feceris. & rurſus, ſi tuus eſt Stichus & pro evictione ejus, promittere non vis: non liberaberis, quo minùs à te pecuniam repetere poſſim. L. ult. d. Condict. cauſ. dat. C. non ſec.

1. Quid hoc rei? Dare pecuniam alteri, ut is mihi rem det, quid aliud eſt, quam Emptio Venditio? Quid igitur Celſus hic perplexatur, ut alium in hoc negotio contractum, & quidem innominatum, *Do ut Des*, unde Condictio hujus loci, quærat & comminiſcatur? Paulus contra teſtatur, ſi pecuniam dem, ut rem accipiam, eſſe emptionem Venditionem, quo nihil planius & ſimplicius *l.* 5. §. 1. *d. Præſcr. verb.* Accurſius, & omnes qui Celſum, ut hic eſt, accipiunt de permutatione ſive Contractu *Do ut Des*, pecuniam hic eſſe datam, non ut quantitatem & pretium, ſed ut corpus, intelligunt. Sed hoc aliis non minus doctis Viris diſplicet, quia *dicunt* pecunia, poſtquam percuſſa eſt forma publicâ, uſum ſui dominiumque non tam ex ſubſtantia, quàm ex quantitate præbet, ut Paulus inſit *in l.* 1. *d. Contrah. empt.* nec amplius utrumque, merx, ſed alterum, pretium appellatur. Cui accedit, quod Ulpianus ſcribit *in l.* 7. §. 1. *d. Contrah. empt.* tanquam in re certâ atque explorata, hujuſmodi emptionem, *quanti tu emiſti, quantum pretii in arca habeo*, valere, nec incertum pretium eſſe, tam evidenti venditione: Quæ hoc loco æque ſit evidens, cum Celſus hic ita prorſus, ut Paulus de emptione Venditione, loquatur *in d. l.* 7. §. 1.

2. Ex iis tamen quæ ſequuntur, Speciem à Celſo in *h. l. ult.* tractatam ab ipſo non referri ad Venditionem, ſed ad Innominatum Contractum, *Do, ut des*, omnis ejus oratio dubitare non patitur. Nec tamen perſuadere ſibi poſſunt Viri Clariſſimi, talem contractum, Do tibi pecuniam, ut mihi des equum, non eſſe emptionem Venditionem. Nec fuiſſe tam ineptum Celſum, ut aliter autumare potuit. Quid ergo? Vir Cl. ingenioſa & eleganti conjecturâ, cenſet hunc locum male eſſe habitum à librariis. Scriptum fuiſſe à Celſo, *Dedi tibi pe. pe. ut mihi Stichum dares*, vel dedi tibi *peg. pec.* Utrumque idem valere, ut ex notis Veterum conſtet, ſignificans hoc; *Dedi tibi peregrinam pecuniam, ut mihi Stichum dares.* Sed imprudentiorem librarium arbitrantem, temere ſyllabam eſſe repetitam, ſcripſiſſe, duntaxat *pecuniam*, omiſſo verbo *peregrinam.* Atqui peregrina pecunia non tam ex quantitate, quam è ſubſtantiâ æſtimatur, imo etiam mercis loco habetur, ut de Victoriato nummo Illyrico, ante Legem Clodiam, teſtatur

conditio non inferatur, ſi forte per revocationem dantis ipſi vel damnum inferatur, vel lucrum auferatur. Quod JurisConſultus aliquanto latius exequitur hoc modo: *Si res ita ſe habeat, ut licet nondum profectus ſis, ita tamen rem compoſueris, ut neceſſe habeas proficiſci*; Audeo dicere, circumductum hocloquendi genus non eſſe Tribonianæum, eſſe magis antiquum. Sed Faber, *Quis caſus eſſe poteſt*, ait, *in quo neceſſe habeas Capuam ire pro me invito? Accurſius unum illum reperit*, ſi juraveris te iturum; Unde reliqui DD. colligunt exceptionem à regulâ; quod ad factum nemo poſſit cogi. Sit gloſſa inanis: Inanior eſt Fabri captatio, quod fieri nequeat; ut tu neceſſe habeas ire *pro me invito.* apage illud, *me invito*, quod non eſt in textu. Qui accepit, ut iret, ita rem conpoſuit, ut neceſſe haberet ire, priuſquam alter revocaret, & de invito conſtaret. Τὸ neceſſe autem *civiliter* accipiendum. Iturus Capuam res alias alioſque homines in idem tempus & locum condixiſti, ut aliter eas expedire non poſſis: Ita neceſſe habes ire Capuam.

2. Rurſus ad verba, *ut manifeſtum ſit, plus forte, quàm accepiſti erogaſſe*; Faber, id *multò ineptius & Triboniano dignius eſt. Quis enim te fingat tam ſtultum; ut pro me iturus Capuam plus expendas, quam acceperis, nullis tamen factis ſumptibus, niſi neceſſariis, nulloque tibi operæ tuæ pretio relicto?* Quaſi non ſæpe homines animi vel amicitiæ cauſâ legationes & curationes, quarum ſumptus neceſſarii excedant honorarium, (nec enim de mercede locationis conductionis, quæ reſpondere ſolet operæ, agimus) ſuſcipiant. Faber. *Sed & quomodo fieri poteſt, obſecro, ut & manifeſtum ſit, & dubium, te plus expendiſſe in ſumptus iſtos neceſſarios, quam acceperis? Et tamen utrumque ponit Tribonianus his verbis, ut manifeſtum ſit plus FORTE, quæ nonniſi abſurde conjungi poſſe Accurſius quoque videt.* Adeò nihil vetat, Tribonianum fuiſſe bardum & ſtupidum; & ſui contradictorem *in adjecto*, quod vocant, ut Ulpiano aut Veteribus nihil ejusmodi evenire potuerit. Ad hanc difficultatem removendam Jaſon, ut eſt in notis ad Accurſium, reſpondit, vocem *manifeſto* referri ad verbum *erogaſſe*. & voculam *forte*, ad verbum *plus*. Ego vertam potius, & ad *manifeſtò τὸ PLUS, Forte ad τὸ Erogaſſe* retulerim; hoc ſenſu; *forte* uſu veniſſe, ut *erogaverit, manifeſtò plus* quam ſit honorarium. Ne dicam, Τὸ *forte* ſæpe παρέλκειν, & nihil ſignificare, quàm *verbi gratiâ, puta*, ut Briſſonius in de V. S. docet, adductis pluribus exemplis. Ad cæteras in Tribonianum cavillationes refutandas nolo perdere tempus, & tædium augere Lectori, ultrò, ſi vacat & libet, facile reſponſuro.

3. Extat adhuc Autumni Cenſura *ad hunc locum*; In id quod Ulpianus ait, non dari repetitionem, quatenus accipientis intereſt, ob ſumptus factos, quia ſtetit per caſum fortuitum in perſona accipientis commiſſum, ut per adverſam valetudinem, ſicut hic caſus ponitur. Atqui tum dari repetitionem probat ex *l. 15. §. item cum quidam 6. D Locati*, ubi pecunia pro vecturâ data, nave amiſsâ, repetitur; quia munere vehendi functus non eſt. Sed hæc res incidit in locum Communem Quæſtionis notæ, an detur condictio, ſi per caſum fortuitum cauſa ſequuta non fuerit; ad quem non ſimplici diſtinctione reſpondetur, ut videre licet; poſt alios apud Wiſſembachium noſtrum *loco citato*. Quod ad hunc locum attinet,

Digitized by Google

attinet, parum eſt difficultatis: Si per cauſam dandi, qui accepit, ut faceret, adflictus ſit à fortunâ, quod malum alioqui non fuerat paſſurus, æquum eſt, eum retinere de pecuniâ, quod ad indemnitatem ſuam requiritur, ut hic; cum ad iter, quod alioqui non erat ſuſcepturus, ſe comparavit. Alioqui caſus fortuitus, qui non habuit occaſionem propriam à datione, non tribuit illi retentionem, qualis in *d. l.* 15. §. 6. ubi nauta, cujus erat inſtitutum navi ſe committere, naufragium paſſus eſt, quod ab hoc facto non profectum eſt peculiariter, cum ſive pro me, ſive pro alio, utique vehendi munere functurus fuiſſet, quemadmodum fungi ſolitus fuerat. Sed de *l.* 15. §. 6. locus occurret proprius ad *Tit. de Locat. Conduct.*

Ulpianus Lib. 2. Diſputat.

Si ſervum quis tradiderit alicui ita, ut ab eo intra certum tempus manumitteretur: ſi pœnituerit eum, qui tradiderit, & ſuper hoc eum certioraverit, & fuerit manumiſſus poſt pœnitentiam: attamen actio propter pœnitentiam competit ei, qui dedit: planè, ſi non manumiſerit, Conſtitutio ſuccedit; facitque liberum, ſi nondum pœnituerat eum, qui in hoc dedit. l. 5. §. 1. *d. Condict. cauſ. dat. non ſec.*

1. Servus traditus ſub lege manumittendi, ſi non manumittatur, fit tamen ipſo jure liber ex conſtitutione Divi Marci: quo reſpicit hic Ulpianus, dum meminit *Conſtitutionis l. ult. d. ſerv. export.* Non excluſa tamen pœnitentiâ dantis, re adhuc integrâ *h.* §. 1. Sed totum hunc locum eſſe à manu & inſcitia Triboniani, non minus audacter idem Faber adfirmat; aliquanto, ut videtur, ratione, ſaltem difficultate majori, tam verbis, quàm re conſideratis. Nam & ſermo ſuſpectior eſt Tribonianiſmi, & ſpecies inexpectata; Contractum eſſe Innominatum, Do, ut facias, ex quo is quis facturus ſit, nihil utilitatis percipiat; cum potius hæc, donatio ſervi ſub conditione manumittendi eſſe videatur, vel contractus Mandati *l. ſi hominem.* 30. *Mandati*; ubi prorſus eadem facti ſpecies Mandati jure cenſetur & tractatur, quam hic Tribonianus abſurde ad *Do ut Facias* retulerit. Actio vero quæ datur hic, in caſu pœnitentiæ, non poteſt eſſe condictio, quia quod datum eſt, ſcil: ſervus manumiſſus, condici nequit, & actio præſcriptis verbis non datur ei quem pœnitet; ſed ei, qui urget factum adverſus eum, qui à ſua parte contractum non implevit *l.* 5. §. 1. 2. *& paſſim d. Præſcr. verb.* Hæc fere ſunt, quæ fuſè & enixe urget & deducit Faber, argutiis & cavillationibus aucta prolixis. Ego, ſi quid verbis mutaverit Tribonianus, non reluctor admodum, de toto complexu non putem. De ſtylo, arguit ille primo verbum *tradidit*, cum deberet dicere, *dedit*, hoc eſt, dominium tranſtulit *l.* 167. *d. R. J. l.* 75. § *ult. d. V. O. junctâ d. l.* 30. *Mandati*: cum traditio tantum ſit poſſeſſionis tranſlatio *l.* 1. *&* 7. *d. Act. emp.* Quaſi non ſæpe *tradendi* verbum pro *dando* acciperetur, ut in hac ipſa facti ſpecie; Cajus *in l.* 27. §. 1. *Mand.* Briſſonius *in Traditio*, Stipulari *& tradere* conjunguntur, ait, *cum omnem obligationem & dominii tranſlationem ſignificare volunt JurisConſulti*, ubi agmen textuum.

2. Quod ſequitur, nihilo ſolidius eſt: Verba *intra certum tempus* ſupervacua eſſe, dicit, acute nimis. Quid enim inſolens, ſi in eo, quod exempli gratiâ ponitur, aliquid inſertum ſit quod abeſſe poſſit? Quis hoc veterum adeo præciſe obſervat? Præter quod hoc ipſum non eſt otioſum, reſpectu ejus, quod dein ſequitur, de certiorato in tempore eo, qui ſervum acceperat. Inſectatur dein verba, *ſi pœnituerit eum qui tradidit, & ſuper hoc eum certior averit, & fuerit manumiſſus*, quæ verba ſic cumulantur; quaſi idem ſit, qui & certioratus, & manumiſſus eſt, cum tamen de tribus diverſis perſonis intelligenda ſint, *ait*. Equidem ſi pretium operæ eſſet, id genus conciſos modos ex aliis JCtis in exemplum adducere, id in proclivi foret; maxime ſi nihil obſcuritatis inferant, ut hic nihil inferunt. Rurſus *certioraverit ſuper hoc*, ut Tribonianæum, non vetus, arguit. Atqui Certiorandi verbum extra dubium eſt temporis Ulpianæi *l.* 1. §. 1. *d. Act. Empt. l.* 20. §. 11. *d. Hered. Pet.* aliiſque locis, quæ vide ſis apud Briſſonium. Nec regit caſum rei, ut dicatur, *certioravit hoc.* Ergo *ſuper hoc*, nihil addit inſolentiæ. Rurſus; τὸ *Attamen* in tranſitu male poſitum in hoc textu; Cum enim ſit adverſativæ ſignificationis, nihil eſt in præcedentibus, cui adverſetur. Putem ineſſe tacite aliquid adverſativi, ſi hoc modo accipias; Manumiſſio non retractatur, ob favorem libertatis. Implicitum eſt hoc; etſi *manumiſſus* manet; *attamen* actio datur in manumiſſorem.

3. Viſum eſt hæc recenſere, quò conſtet, quam in infinitum eſſet diſputandum, ſi talia Fabri ſemper ſubſequenda forent. Rem quod attinet, Faber in hoc totus eſt, ut probet hanc ſpeciem facti ad mandatum eſſe referendam, ex *d. l.* 30. *Mandati*; ad *quam neque Bartolus, neque alius quiſquam pro Bartolo, aut Triboniano reſpondit*, inquit. Reſpondeamus igitur: Ego difficilius hanc ſpeciem Mandato, ut vult Faber, vindicarem, quam Bartolus in Do ut facias laborat. Nam ſervus eſt datus *in d. l.* 30. id eſt, in dominium accipientis tranſlatus; ut alter eum manumitteret. Non intelligo jus mandantis in ſervo, qui eſt alienatus. Nec Julianus ibi mandatum dantem ſervum & accipientem conſtituit; ſed ob interventum Procuratoris, qui manumiſſionem adminiſtravit, illud factum ad mandatum refert. Quod ſi mandatum non ſit in eâ ſpecie, quâ ſervus eſt datus, id eſt, alienatus, ut ipſe Faber ponit, ſub hoc modo, ut manumittatur, impeditá manumiſſione, numquid ad eum qui alienavit, ſervus redibit? Non video quo jure, niſi per cauſam condictionis causâ non ſecuta. Nec aliter intelligere poſſum *l.* 27. §. 1. *d. tit. de Mandato*, ubi Gajus adhuc propius ad ſententiam & verba noſtrii textus; *Si ſervum ea lege tibi tradidero ut eum poſt mortem meam manumitteres, conſtitit obligatio. Poteſt autem & in meâ quoque perſonâ agendi cauſa intervenire: Veluti, pœnitentiâ actâ, ſervum reciperare velim.* Alienatum ſervum, facto ad quod datus erat, non impleto, vix aliter quàm condictione ea, quam dixi, repetere poſſe videor. De ſimilitudine dationis, quam cum nec Faber urgeat, ex his quæ diximus, animum donandi non adfuiſſe, ſatis colligitur in contrarium. Teneamus id quod *ſuprà* collocatum eſt.

4. Supereſt de genere & naturâ actionis, quam hic textus non exprimit; Faber nec Condictionem, neque Præſcriptis verbis actionem rationibus ſupradictis,

Digitized by Google

ctis, eſſe poſſe contendit. Ego cur utraque eſſe nequeat, non videre me fateor. Nam præſcriptis verbis actio datur ex innominato contractu, quoties alterius intereſt è contractu ab altero non ſervato; Quod hic uſu veniſſe manifeſtum eſt. Rurſus, condictio causâ datâ, causâ non ſecutâ, datur ei, qui à ſuâ parte contractum implevit, adverſus alterum, qui non implevit. Et cum res ipſa reddi non poteſt, faciendum, quod fieri ſemper opus eſt, ut in id quod intereſt Actio reſolvatur; cujus rei minimè inſolitæ terminos hic adeſſe, non poteſt negari. Eſt quidem in hac ſpecie facti aliquid inexpectati: Sed cum Faber ipſemet hujus loci ſententiam & deciſionem fateatur æquam eſſe, modo ad Mandati Speciem referatur; ego, cur non melius ad Do facias referatur nec video quicquam, nec cur ſi maxime Tribonianus ſit auctor, ejus id eſt, Juſtiniani auctoritatem Fabrianæ non præferamus: Denique nec repetendi jus, quod ipſe Faber dat, ex aliâ causâ proficiſci videtur.

Ulpian. Lib. I. Diſput.

Idem ſi quis dederit Titio decem, ut ſervum emat, & manumittat; deinde pœniteat: ſi quidem nondum emptus eſt, pœnitentia dabit condictionem, ſi hoc ei manifeſtum fecerit, ne, ſi poſtea emat, damno adſciatur: ſi verò jam ſit emptus, pœnitentia non facit injuriam ei, qui redemit pro decem, quæ accepit, ipſum ſervum, quem emit, reſtituet, aut ſi antè deceſſiſſe proponatur, nihil præſtabit, ſi modò per eum factum non eſt. Quòd ſi fugit, nec culpâ ejus contigit, qui redemit, nihil præſtabit. Planè repromittere eum oportet, ſi in poteſtatem ſuam pervenerit, reſtitutum iri. l. 5. §. 2. d. Condict. cauſ. dat. non ſec.

1. Fatigat me & Lectorem ſuum meumque Faber, ſuis in Juſtinianum Cenſuris. Nec ero, ſi potero, nec debeo, quam ille, tam prolixus, ſiquidem penitus, hac perſonâ ſuſceptâ, Clariſſimi Interpretis rationes prætervehi non licet. Quid autem monſtri de Juriſprudentia parat efficere, ſi tantos logos & diſputationes, miniſtri Juſtinianæi ſub nomine Veterum JurisConſultorum ſubjecerint? Cui bono, roget Caſſius? cur ſuas ſententias Imperatori non dictarunt in novas Conſtitutiones? Quî tam deformis impudentia, primum Imperii Romani miniſtrum & Anteceſſores ab illo adhibitos ſubire potuit? Adde, qui tam artificioſe Ulpianum imitari potuerunt homines Græci, ut per tot ſecula nemini ante Fabrum fraus adeo immanis ſuboleverit, ut ex hoc univerſo textu Ulpiani præferente nomen, vix duo cola fuerint Ulpiani. Denique, Ulpianæi libri in bibliothecis hominum illius ævi eruditorum, cum Pandectæ ederentur, extiterunt. Quomodo ſperare potuerunt, enormes adeo falſitates & ſubornationes clam conſcientiæ orbis terrarum futuras?

2. Attamen quæ traduntur in his locis, ex ratione Juris conſiſtere poſſe, Faber negat, ut videtur, haud temere. *Hic quoque §. 2. Triboniani certe eſt*, inquit, *ut & cætera omnia, quæ ſequentur ad finem uſque Legis; In eodem enim errore verſatur Tribonianus. ut putet, ſi dedero tibi decem, ut ſervum emas, & manumittas, contractum eſſe innominatum Do, ut facias, ex quo proinde naſci poſ-*

Digitized by Google

ſit condictio, ſi pœniteat; *cum tamen hic quoque Contractus non alius ſit, quam Mandati*, & ex quo non alia, quam Mandati actio naſci poteſt, non etiam Condictio, *l. ſi procuratorem* 8. §. *ult.* & *l. ſequ. l. ſi mandaſſem* 15. *L. inter cauſas* 26. §. *ult. l. ſi quis alicui* 27. §. 1. *L. Qui negotia* 34. §. *ult.* & *ll. ſeqq. junct. l. ſi hominem* 30. *Mandati.* In quibus locis hoc eſt, nec aliud quicquam; Si quis mandaverit alicui ſervum vel prædium emere, inde Mandati actionem naſci. De pecuniâ ad emendum ſervum datâ, vel data, *ut* ſervus *manumittatur*, nihil, præterquam *in l.* 17. §. 1. & *l.* 30. de quibus actum *ad L. præcedentem.* Enimvero mandatum eſſe, cum quis dat pecuniam ad emendum ſervum, ut manumittatur, ſiquidem hoc in mandantis gratiam fiat, non negaverim; Quod ſi rogatu magis accipientis fiat, cur *Do ut facias* eſſe nequeat, ut Bartolus aliique ſumunt, cauſam non video; Proinde nec cur decem quæ dedero, condici nequeant. Nam quod Faber ait, hic de ſervo in genere eſſe ſcriptum, in quem nulla neutrius affectio cadat, indignum relatu, nedum refutatu eſt; cum vox generis ad aliquem in hypotheſi proculdubio ſe referat.

3. Ejuſdem valoris eſt, quod hic habetur, *Redemit*, pro *emit*; cum redimi ſervus pro emi, paſſim accipiatur, ut qui emendo liberetur, de quo vide Briſſonium in *Redimere*. Melius argumentum eſt è verbis; *Ne, ſi poſtea emat, damno adficiatur.* Quid enim? Dediſti mihi decem, ad emendum ſervum, ut manumittatur. Poſtquam te pœnituit, nec tamen ego certior factus ſum, damno adficiar? Iniquum hoc. Abſurdum verò id monere, ſi poſt certiorationem emerit. Ergo fiat error in his verbis; Nunquamne igitur Juris Conſultis veteribus accidit, rationes edere otioſas & inertes, ut neceſſe ſit, Triboniano præ Ulpiano hoc imputare; Dicat D. Ant. Ant Matthæus in diſſertatione, cujus inſcriptionem aliquoties habuimus; *Juris Conſultos ſæpe otioſas & inertes dictorum ſuorum rationes reddere.* Si Fabrum audimus, totum iſtum locum Tiboniano delegare oporteat. Sed mihi nec in Ulpiano, abſurdum hoc verborum comma videtur. Quæritur, an, ſi Titius acceptis decem juxta legem dictam, ſervum emerit, poſt dantis pænitentiam, condictione teneatur, quod ſi fiat, damno adficiatur; Et reſponſum eſt, eum non teneri: quia ſcilicet, damno adfici non debet illo caſu: Quid eſt in illa rationis occupatione abſurdi, quod putes? Aliud Fabri argumentum ad abſurdum eſt, quod dicitur, ſi *tanti* ſervus, ante certiorationem emptus ſit, hunc condictione repeti poſſe; quod negat Faber eſſe juris; cum id ſolum quod datum eſt, non ejus loco aliud repeti poſſit. Id vero nullo modo aliter habere ſe poſſe, cur potius Fabro quam Triboniano, ſi hic locus ab illo ſit, credere oporteat, non video: Vel quid abſurdi in hoc ſit; Cum mihi pœnitentiæ facultas detur, ſi tu ſervum meis nummis emptum ut manumittas adhuc teneas, nec ego nummos jam reciperare poſſim, ut eorum loco ſervus pœnitenti reſtituatur. Servus eſt emptus, manumittatur. Non eſt manumiſſus adhuc; cauſa non eſt ſecuta; Condictio competit; nummi dati non extant. Res loquitur, ſervum illis emptum, ei qui dedit, ſi pœniteat, eſſe reſtituendum.

Ulpia-

Ulpianus Lib. XXII. ad Edict.

Sed ſi accepit pecuniam, ut ſervum manumittat, iſque fugerit priùs, quàm manumittatur; videndum, an condici poſſit, quod accepit. Etſi quidem diſtracturus erat hunc ſervum, & propter hoc diſtraxit, quòd acceperat, ut manumittat, non oportet ei condici: Planè cavebit, ut, ſi in poteſtatem ſuam pervenerit ſervus, reſtituat id, quod accepit, eo minus, quo vilior ſervus factus eſt propter fugam. Planè ſi adhuc eum manumitti velit is, qui dedit: ille verò manumittere nolit propter fugam offenſus: totum, quod accepit, reſtituere eum oportet. Sed ſi eligat is qui decem dedit, ipſum ſervum conſequi: neceſſe, aut ipſum ei dari: aut, quod dedit, reſtitui. Quod ſi diſtracturus non erat eum: oportet id, quod accepit, reſtitui; niſi fortè diligentius eum habiturus eſſet, ſi non accepiſſet, ut manumitteret. Tunc enim non eſt æquum, eum & ſervo, & toto pretio carere. l. 5. §. 3. d. Condict. dat. Cauſ. non ſec.

1. Faber. *Pergit*, inquit, *Tribonianus in ſuis perſequendis diſtinctionibus, ex eodem errore profluentibus*; quod ſcilicet, Mandatum accepetit, pro contractu innominato *Do, ut facias.* Nam in ſpecie hujus L. Do tibi pecuniam, ut ſervum tuum manumittas, vult etiam Faber eſſe Mandatum, mea & tua & aliena gratia. Nec tamen reſpondet ad objectionem, quam res ipſa ei dictat, Mandatum eſſe debere gratuitum, *l. 1. § ult. Mand.* quod hic non eſt, cum detur pecunia; Unde planiſſime hæc ſpecies incidit in Contractum innominatum, ac ita rectè ſe habet hic textus. Inſtat Faber: Etiam de actione Venditi agendum fuit hoc loco, quia ſervus de quo hic agitur, venalis fuit, atque ita pecunia, ut pretium data eſt. Hoc eſt quod reprehendas; Do tibi pecuniam, ut ſervum, quem diſtrahere volebas, manumitteres, ſive id ego ſciverim, ſive ignoraverim, quis hoc eſſe dicet, emere ſervum; Emo quod ἐμὸν, id eſt, meum facere volo; ubi non agitur de dominio in emptorem transferendo, ibi non eſt emptio Venditio, ſed alia contractus ſpecies *l. pen. d. Contrah. empt.* Nolui ſervum facere meum, Immediate liberum fieri volo. Quid hoc ad emptionem venditionem?

2. Ejuſdem ingenii reliquæ ſunt argutiæ, niſi forte quod opponit verſiculo; *ſed ſi eligat.* Cur enim, *inquit*, is qui decem dedit, eligere poteſt ſervum, quem non dedit, idque per condictionem cauſâ data, cauſâ non ſecuta? quo nomine Accurſium id ita accipientem vocat miſerum, *quis enim non miſereatur ejus, quem Tribonianus ſub Ulpiani nomine tam imprudenter decipiat*, inquit. Imo Juſtinianus Conditor Juris hic loquitur; Tribonianus an Ulpianus ſit, nihil ad auctoritatem attinet, cum Imperator omnia ſua fecerit, ac ab ejus manu, non ab Ulpiano & cæteris veteribus hanc Artem in ſcholis & in Foris habeamus. Sunt igitur omnes miſeri Judices & interpretes, olim hodieque, non minus quam Accurſius, ſi non poteſt, eſt miſerum, reprehendere Juris Conditorem, quod cum qui decem dedit, ut ſervum ſuum manumittat, pro emptore ſervi non agnoſcat. Ego vero ne in hac quidem objectione rationem video: Decem tibi dedi, ut ſervum tuum manumit-

Digitized by Google

numittas; non vis manumittere, quid ni igitur repetam omne quod dedi? Si malo tamen ipſum conſequi ſervum, non ſimpliciter ad ſervum agam; hoc enim in Fabri argumentum incurreret: ſed alternative ſervum, aut decem quæ dedi, condicam; Id enim indicant verba, *neceſſe eſt aut ipſum ei dari, aut quod dedit, reſtitui.* Quid in hoc eſt iniqui aut ἄτοπον? Eligere pro malle ibi ſumitur, ſine pleno jure agendi abſolutè in alterum; quia mox arbitrium ſolvendi datur ei qui pecuniam accepit; quo tollitur novum Fabri argumentum, quaſi textus ſibi contradiceret, electionem dando prius danti, & mox ei qui accepit.

3. Ad verba, *Quod ſi diſtracturus non erat eum, oportet id quod accepit, reſtitui.* Negat hoc rationem habere Faber, Autumno Cenſore jam acutior, quia ſervus ſine culpa ejus qui decem accepit, fugiſſe ponitur, antequam manumitteretur. Ubi hoc, *ſine culpa*? Imo qui rem ſibi furto auferri paſſus eſt, ſemper in culpa eſſe creditur *arg. §. Item ſi fullo 15. de obl. ex del.* Quid ni etiam, qui ſervum non cuſtodivit? Sed pone ſis; fugiſſe ſervum ſine culpa, quod hic minimè ſcriptum eſt; An caſus ille fortuitus qui domino accidit in ſervo, impediet condictionem & pœnitentiæ facultatem auferret ei qui dedit pecuniam ob factum, quod ſecutum non eſt; Hoc potius non habet rationem, quia damnum hoc, etſi pecuniam, ut manumitteret, non accepiſſet, paſſurus fuerat; Et magis, ſi forte ſervus non ignoraverit pecuniam ſui manumittendi cauſâ eſſe datam; quin forte, quod dominus cunctaretur eum manumittere, fugit, metuens pœnitentiam dantis; quo caſu vere dominus haberet, quod ſibi imputaret.

4. Poſtremò Faber; Sed longe ineptior, inquit, eſt exceptio, quæ ſtatim ſequitur: *Niſi forte diligentius eum habiturus eſſet, ſi non accepiſſet, ut manumitteret: tunc enim non eſt æquum, eum & ſervo & toto pretio carere.* Primum Fabro ineptiæ argumentum eſt; *quia nec ſciri, nec probari hoc ullo modo poteſt, an fuerit dominus hunc ſervum diligentius habiturus; ſi pecuniam non accepiſſet, an vero negligentius, nihilque niſi inextricabilem facti quæſtionem & litis materiam diſtinctio hæc præbere poteſt.* Pone caſum; Dominus ſervo iratus eum in vinculis, in ergaſtulo, in piſtrino, in fodinis habebat, ut creberrime fieri ſolitum fuiſſe conſtat. Titius ſervum miſeratus dedit ei decem, u ſervum manumitteret. Hoc parans & primâ occaſione facturus, eum liberius habuit, quaſi ſtatuliberum Servus non fidens præſentibus & metuens pœnitentiam dantis, ut dein accidit, fuga ſe ſubduxit. Quid eſt civilius & obſervatu probatuque facilius? ut mirum ſit tanti Virum acuminis id imaginari non potuiſſe Fabrum. Illa vero domini indulgentia, negligentius habendi ſervum, pro cujus libertate pecuniam in manibus habebat, dum occaſione potiretur adeundi Prætorem, non erat ut merito culpæ imputaretur. Ideo corruit ultima Fabri inſtantia: *Deinde*, ait, *quia etiamſi ex facto conſtaret, fuiſſe dominum tanto diligentius habiturum ſervum hunc, ſi pecuniam non accepiſſet, ad eum manumittendum, tanto major tamen ratio eſt, ut ad pecuniæ reſtitutionem condemnari debeat, cum negligentia quæ in rebus propriis culpanda eſt, in alienis ſit coërcenda l. 24 §. ſi maritus Sol. matrim. juncta l. 23. in fin. Depoſ.* & porro contra Accurſium id alio trahentem diſputat. Dicamus, quod res eſt, eum qui dedit pecuniam domino, ut ſervum manumiteret, caſu quo diximus, non habere cauſam querendi, quod dominus accepta pecunia ſervum aliquanto liberius

Digitized by Google

berius habuerit ; Id enim ſcopo dantis erat conſentaneum. Ideoque nihil eſt cauſæ , cur is qui dedit pecuniam , hujus indulgentiæ detrimentum ſoli domino ſervi , quem ipſe provocavit , nocere velit.

Ulpianus lib. 2. ad Edict.

Sed ubi accepit , ut manumitteret , deinde ſervus deceſſit : ſi quidem moram fecit manumiſſioni , oonſequens eſt , ut dicamus refundere eum , quod accepit. Quod ſi moram non fecit , ſed cum profectus eſſet ad præſidem , vel apud quem manumittere poſſet , ſervus in itinere deceſſerit : verius eſt , ſi quidem diſtracturus erat , vel quo ipſe uſurus , oportere dici , nihil eum refundere debere : enimvero ſi nihil eorum facturus , ipſi adhuc ſervum obiiſſe. Decederet enim , & ſi non accepiſſet , ut manumitteret , niſi fortè profectio manumiſſionis gratia , morti cauſam præbuit ; ut vel à latronibus ſit interfectus , vel ruina in ſtabulo oppreſſus , vel vehiculo obtritus , vel alio quo modo , quo non periret , niſi manumiſſionis cauſa proficiſceretur. l. 5. §. ult. d. Condict. cauſ. dat. non ſec.

1. Faber. *Hic verò , quis non miretur cunctantem hanc Triboniani noſtri & inelegantiam & inſcitiam ; ſive contextum verborum , qui totus inſulſus & malè concinnatus eſt , ſive juris rationem ipſam intueamur.* Jam ſi nos inter eos ſumus , qui non mirantur cum Fabro hanc inelegantiam & ſtultitiam contextus & imperitiam juris in hoc textu , metuendum eſt , ne ſimus æque inſulſi , ac ipſum videri oprteat , ſi tam gravis ſine gravi cauſa Juris Conditorum Cenſor & Inriſor , qualis aliquoties viſus & deprehenſus eſt , appareat. In ſtylo carpit verbum *refundere* , pro reddere & reſtituere , *ſi diis placet* , inquit ; Atqui , niſi fallit nos Briſſonius & loca ab illo citata in *refundere* , ſatis frequens in hoc ſenſu illud vocabulum eſt veteribus Juris Conſultis. Item *decederet* , pro *deceſſiſſet* ; cujusmodi enallagæ ſi νεωτέρως arguunt Textus Juris , næ magna illorum ſtrages fieret. Ubique Lector ejusmodi & majores anomalias in Juris Conſultis Veteribus , quæ ſæpius elegantiarum loco ſunt , offender.

2. In Re , primum quod notat Faber , eſt hoc ; Repetitionem pecuniæ datæ , ut ſervus manumittatur , ſi poſt moram manumittendi ſit mortuus , non venire è condictione cauſâ datâ , cauſa non ſecuta , *cujus* ſcilicet , *Tribonianus* , ait Faber , *eximius* , *ne dicam* , *perditus amator eſt* , ſed utili actione Venditi , quod ſuperius ad §. 3. jam refutatum eſt , cum nihil emptioni Venditioni ſimile in hoc negotio vertaur. Sed eſt argumentum aliud non ſpernendum ; Si deceſſerit ſervus , pro quo dominus pecuniam acceperit , ut eum manumitteret , poſt id tempus quo manumitti potuerit , repetitionem eſſe ; ſin minus , ceſſare *l. 3. §. 3. h. t.* Proinde , ſi dominus jam in itinere fuerit , ad præſidem aliumve magiſtratum , ut hic , coràm quo ſervum manumitteret , cum diligentiæ actum adhibuerit , nec in morâ fuiſſe dici queat ; indiſtincte eum non teneri dicendum videtur , ſecus atque hic intricate diſtinguitur. Accurſius jam reſpondit , locum indefinitum ; qualis eſt in *d. l. 3. §. 3.* interpretationem capere ex eo loco , ubi res eadem exactius & diſtinctius explicatur , quod aliàs ſemper fieri notum & neceſſarium eſt. Bartolus addidit ; dant

Digitized by Google

ex pœnitentiâ repetitionem dari, modo ſervus occaſione dationis factæ, vel per cauſam dationis non deceſſerit, ſecundum hujus loci deciſionem. Faber negat, pœnitentiæ rationem hic uſu venire, quia in toto *hoc* §. non memoretur. Sed cum in *præcedentibus* §. §. ſemper in pœnitentiâ fundetur, & hic §. cohæreat prioribus, adeò ut Faber Editores, quod hunc à præcedente §. ſeparaverint, bis reprehendat, ἀπὸ κοινοῦ pœnitentia proculdubio repetenda eſt: Et quidem pœnitentia, quæ ante mortem ſervi teſtata fuerit, etſi forte nondum inſinuata domino. Id equidem Fabro non negamus; Tota hac L. potuiſſe brevius hanc rem abſolvi, hoc fere modo; Si dedi pecuniam, ut ſervum manumittas, hic eſt contractus innominatus, è quo datur condictio ex pœnitentia, modo per cauſam dationis nihil detrimenti domino ſine ſua culpa vel mora, inferatur. Sed deſumpta ſunt hæc loca è libris diſputationum, ubi cuncta particulatim excutiuntur. Si quid alicubi è calamo Digerentium Juſtiniani miniſtrorum adjectum ſit, de quo litigare nolumus; ut tamen hæc integra Lex ἔμβλημα falſum Triboniani ſit, nihil cauſæ profertur & eſt nimis immane. Modeſtior, etſi liberalis ſatis emblematum eſt Wiſſembachius noſter, in *Tractatu emblem. Tribon.* ſed hujusmodi enormitatibus meruit Faber, me quidem non applaudente, ut Præceptor ille noſter, imitatus Bachovium, ingens ei convitium dixerit, hominem corrumpendæ Juris prudentiæ Natum appellans. Quod labores ejus immenſi & heroicum de Jurisprudentia bene merendi ſtudium nequaquam merentur.

Ulpian. Lib. III. Diſputat.

Si extraneus pro muliere dotem dediſſet, & pactus eſſet, ut quoquo modo finitum eſſet matrimonium, dos ei redderetur, nec fuerint nuptiæ ſecutæ: quia de his caſibus ſolummodo fuit conventum, qui matrimonium ſequuntur, nuptiæ autem ſecutæ non ſint: quærendum erit, utrum mulieri condictio, an ei, qui dotem dedit, competat. Et veriſimile eſt, in hunc quoque caſum, eum, qui dat, ſibi proſpicere: nam, quaſi cauſa non ſecuta habere poteſt condictionem, qui ob matrimonium dedit matrimonio non copulato, niſi fortè evidentiſſimis probationbus mulier oſtenderit, hoc eum ideo feciſſe, ut ipſi magis mulieri, quàm ſibi proſpiceret. Sed & ſi pater pro filia det, & ita convenit: evidenter aliud actum ſit, condictionem patri competere, Marcellus ait. l. 6. d. Condict. cauſ. dat. & non ſec.

1. Faber iterum prolixè de ineptiis & emblemate abſurdo Triboniani, à quo hanc quoque legem fere totam vult eſſe corruptam & ſuffartam. *In tota hac lege nihil,* inquit, *video, quod juris rationi quadret, nihil quod in ipſa verborum ſtructura bene cohæreat.* Si de ſolâ verborum ſtructura controverſiam faceret, hæc facilius à nobis transmiti poſſet. Sed quod nihil juris rationi quadret, hoc Eunomia prætervehi non poteſt. Non eſt tam obſcura Lex, ut opus ſit, ejus ſubducere & explicare ſpeciem. Primum Fabri argumentum à ſtylo, eſt ex his verbis, *quærendum erit*, deſumptum. *Ubinam gentium Ulpianus*,

Digitized by Google

nus, aut quis alius ex prudentibus ſic unquam locutus eſt? inquit. Mallem diceret, vel *dixiſſet*, (ne Tribonianiſmum alias à Fabro notatum, committam, (quid inſolentius ſit in hoc *Quærendum erit*, quam in *quæritur*, vel *quæſitum eſt*, ubique obviis; niſi quod hæc *factum* motæ quæſtionis, illud, quæſtionem in theſi indicant. II. *Dos ei redderetur*, verba ſunt ambigua, inquit, dantemne an mulierem ſpectent. Reſpondeo; Sint ambigua; Quin eſſe debuerunt ambigua; ſi non eſſent, quærendum non fuiſſet, ad utrum ſpectarent, in quo eſt omne textus argumentum. III. Caſus ineptè variantur; primo, qui dotem *dedit*; mox, *qui dat.* Quod Elegantiæ aliquis tribueret, ne ſemper idem, cum ad ſenſum nihil referat; hoc Faber ad ſtultitiam refert: IV. *Matrimonio non copulato*, negat bene dictum; *contracto*, *ſecuto* debuiſſe dici. Atqui matrimonio copulatos Ulpianus idem dixit in *l.* 32. §. 16. *d. Donat. int V. & ux.* copulatas nuptiis idem *l.* 8. *d. Senat.* Denique nuptiis copulatos & Nuptias copulatas Gordianus Ulpiano coævus, nec unâ ab eo generatione diſtans in *l.* 3. *C. de Dot. promiſſ. l.* 8. *C. de Nupt.* quæ refellunt Fabri grammaticam.

2. Sequantur argumenta rerum. I. Adverſus hæc verba; *Veriſimile eſt, in hunc quoque caſum, eum qui dat, ſibi proſpicere.* Condictio fundatur; ait Lex, in præſumptâ voluntate dantis; *quod tamen nonniſi valde ineptè dici aut credi poteſt*, inquit: nec enim condictionem naſci *ex conventione expreſſâ vel tacitâ, ſed ex ſolâ naturâ & æquitate negotii.* Non referam me ad doctrinam Bachovii, condictionis hujus cauſam unicè fundantis in tacitâ conventione, & quaſi contractu, quod nihil opus eſſe, neque rectum videri, diximus *in Prælect. ad h. t.* Sed quid hoc eſt, quod Faber poſtulat; In actionibus dandis aut non dandis, non eſſe conſiderandum, quid actum ſit expreſſe vel tacite inter contrahentes? Imo quid prius, quid uſitatius & convenientius, non modo in bonæ fidei, ſed etiam in ſtricti juris contractibus; quod exemplis adeo ſupervacuum eſt adſtruere, ut nihil ubique magis ſit obvium. II. Faber; *Quomodo poteſt ſibi proſpexiſſe, qui dedit in eum caſum, de quo non cogitaverit?* Pactus erat, dotem ſibi reddi, finito matrimonio. Accidit, ut matrimonium planè ſecutum non fuerit: Etiam in hunc caſum veriſimile eſt, eum ſibi proſpectum voluiſſe, ut putat Ulpianus, ac ideo dandam eſſe condictionem *Quis in dote conſtituenda & paciſcendo, ut finitis nuptiis reſtituatur, cogitet de tali dote, quæ nunquam dos futura ſit?* inſtat iterum Faber. Cavillatio tam iniqua, ut à malitiâ excuſari non poſſit. Quid enim convenientius, quam ut is, qui vult id quod plus eſt, etiam velit id quod minus eſt? Qui voluit dotem ſibi, finito poſt plures annos matrimonio, reſtitui, an ille eandem ſibi reſtitui velle non videbitur, ſi matrimonium prorſus ſecutum non ſit? Nihil in omni hac materiâ notius & uſitatius, ut *ad Tit. π. Sol. matrim.* videre licet; Exempla addere promptum erat, ſi res exigeret, aut modus ſcribendi pateretur, infinitos Fabri logos æque prolixè perſequi.

3. Pergit; *Sed quod me magis movet, ut Triboniani manum agnoſcam, illud eſt, quod exceptionis loco ſubjicit; Niſi forte evidentiſſimis probationibus mulier oſtenderit, hoc eum feciſſe, ut ipſi mulieri magis quam ſibi proſpiceret*, cujusmodi exceptiones Triboniano dicit eſſe familiariſſimas. *Sed dico, fieri non poſſe*, inquit, *ut in propoſitâ ſpecie, id eſt, cum extraneus pro muliere dotem dedit, hoc*

verà nihil deberem, quia per exceptionem, quod neſciebam, tueri me potuiſſem. Deinde repudium intervenit, & Sponſus dotem reddere cogitur: Utri? Sponſæ, an mihi? Quia pecunia, quam non debui, ad me pertinet, mihi datur condictio; niſi bene ſciverim, me nihil debere, tunc enim donaſſe eam videor mulieri, cui ſic actio datur. Quod ſi cum vere deberem, promiſerim, & non expectato nuptiarum eventu, ſolverim, quia non ſum liberatus à muliere, pro qua nihil revera, nuptiis non ſecutis, ſolvi, adhuc mihi datur condictio. Sed quia mulier ſuis Sponſalibus & ſuo rogatu cauſam dedit, ut ego ſolverem, contenta eſſe debet, ut ego ei cedam actionem meam, ad repetendam pecuniam. Quid eſt in hoc ultimo iniqui, ut à Fabro tam acerbè Triboniano cum falſi probro imputetur? Ait, Nervam & Atilicinum, & ex iis Julianum tractaſſe caſum, quo is, qui non erat debitor mulieris, pecuniam tamen pro eâ dotis nomine Sponſo pomiſerat; *At contrarins plane & contradictorius eſt ille caſus, ſi promiſſor fuerit verus debitor*, inquit. Adeone verum non eſt, contrariorum eandem eſſe doctrinam, quod Dialectica docet, ut ſe mutuo non illuſtrent, aut ab uno àd alterum tranſiri non poſſit, quo nihil commodius & proclivius?

2. Faber; *Sed de hoc caſu, nihil tractaſſe Nervam & Attilicinum, ex eo apparet, quod verba illa*, ipſe poſſit condicere, *quibus ad propoſitam quæſtionem reſpondetur, non poſſunt conſtrui & regi ab illis præcedentibus*; Nerva, Atilicinus reſponderunt. *Scribendum enim erat*, ipſum poſſe condicere, *ut paulo ante*, ipſum repetiturum. *Item* mulieris eſſe actionem. Tribonianus ſcilicet, cum reliquis Digeſtoribus, nequidem latine, quod pueri tenent peregrini, conſtruere potuerunt! Quid ſi concedam, Nervam & Attilicium hunc caſum non tractaſſe; Julianum de ſuo illum addidiſſe, independenter à Nervæ & Attillicini dictis, unde me refellet Faber, niſi dictionis & ſtyli argumento, quod jam ſatagit? Primo *Sin autem*, eſſe Tribonianæum: non veterum: qui dicant abrupte, *Sin*, vel, *vero* Subtiliſſima Criſis! Tu vero, ſi tam naſutus es, Lege, *ſi autem*, quomodo mei omnes Pandectæ ad Florentinum, qui ipſe non eſt ad manum, expreſſi, etiam Charondas, habent. Faber. *Sed manum & inſcitiam Triboniani apertius illud detegit, quod ſubjicit*, Et ante nuptias ſolviſſet, & nuptiæ ſecutæ non fuiſſent. *Quomodo enim poteſt quis ſolviſſe ante vel poſt nuptias, quæ nunquam fuerit ſequutæ.* Hoc vero non poteſt ferri, quod *Faber* Pandectarum compoſitores, non modo Juris & grammaticæ imperitos, ſed etiam ut ſenſus & judicii communis expertes proſtituit. Quid eſt tritius & popularius, quam ejusmodi anticipationes? Quis *ante pubertatem* dici poſſe negabit, de puero, qui dein non attigit pubertatem? Legatarium *ante conditionem exiſtentem* mortuum; inſuper habito, extiterit deinceps an ſecus conditio? Sic *Ante nuptias*, ut nos in exponendo caſu *hujus* §. non expectato, quid de Nuptiis fieret: minus id quidem καταχρηστικῶς, quam primogenitum dici conſtat, quem nemo natus ſequitur. Reliqua Fabri adhuc inaniora transmitto, quale eſt, ad hæc verba textus. *Cauſâ debiti integrâ mulieri ad hoc ſolum manere, ut ad nihil aliud debitor compellatur, niſi ut cedat ei condictitiâ actione.* Inſulſa verborum multiplicatio, inquit, cum paucioribus verbis dicere poſſet, *ad hoc ſolum manente, ut cedat ei condictitia actione.* Imo qui veterum lectioni adſue-

quaquam. Eſt hoc igitur inter pauca Juris noſtri exempla rerum male judicatarum; quod ad Cenſuram Artis non pertinet, cum exceſſus ille tantum hic referatur, non laudetur.

Celſus Lib. III. Digeſtor.

Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares. Utrum id contractus genus pro portione emtionis & venditionis eſt? an nulla hic alia obligatio eſt, quam ob rem dati, re non ſecuta, in quod proclivior ſum. & ideo, ſi mortuus eſt Stichus, repetere poſſum: quod ideo tibi dedi, ut Stichum dares. finge alienum eſſe Stichum, ſed te tamen eum tradidiſſe: repetere à te pecuniam potero; quia hominem accipientis non feceris. & rurſus, ſi tuus eſt Stichus & pro evictione ejus, promittere non vis: non liberaberis, quo minùs à te pecuniam repetere poſſim. L. ult. d. Condict. cauſ. dat. C. non ſec.

1. Quid hoc rei? Dare pecuniam alteri, ut is mihi rem det, quid aliud eſt, quam Emptio Venditio? Quid igitur Celſus hic perplexatur, ut alium in hoc negotio contractum, & quidem innominatum, *Do ut Des*, unde Condictio hujus loci, quærat & comminiſcatur? Paulus contra teſtatur, ſi pecuniam dem, ut rem accipiam, eſſe emptionem Venditionem, quo nihil planius & ſimplicius *l. 5. §. 1. d. Præſcr. verb.* Accurſius, & omnes qui Celſum, ut hic eſt, accipiunt de permutatione ſive Contractu *Do ut Des*, pecuniam hic eſſe datam, non ut quantitatem & pretium, ſed ut corpus, intelligunt. Sed hoc aliis non minus doctis Viris diſplicet, quia *dicunt* pecunia, poſtquam percuſſa eſt forma publicâ, uſum ſui dominiumque non tam ex ſubſtantia, quàm ex quantitate præbet, ut Paulus infit *in l. 1. d. Contrab. empt.* nec amplius utrumque, merx, ſed alterum, pretium appellatur. Cui accedit, quod Ulpianus ſcribit *in l. 7. §. 1. d. Contrab. empt.* tanquam in re certâ atque explorata, hujusmodi emptionem, *quanti tu emiſti*, *quantum pretii in arca habeo*, valere, nec incertum pretium eſſe, tam evidenti venditione: Quæ hoc loco æque ſit evidens, cum Celſus hic ita prorſus, ut Paulus de emptione Venditione, loquatur *in d. l. 7. §. 1.*

2. Ex iis tamen quæ ſequuntur, Speciem à Celſo in *h. l. ult.* tractatam ab ipſo non referri ad Venditionem, ſed ad Innominatum Contractum, *Do, ut des*, omnis ejus oratio dubitare non patitur. Nec tamen perſuadere ſibi poſſunt Viri Clariſſimi, talem contractum, Do tibi pecuniam, ut mihi des equum, non eſſe emptionem Venditionem. Nec fuiſſe tam ineptum Celſum, ut aliter autumare potuit. Quid ergo? Vir Cl. ingenioſa & eleganti conjecturâ, cenſet hunc locum male eſſe habitum à librariis. Scriptum fuiſſe à Celſo, *Dedi tibi pe. pe. ut mihi Stichum dares*, vel dedi tibi *peg. pec.* Utrumque idem valere, ut ex notis Veterum conſtet, ſignificans hoc; *Dedi tibi peregrinam pecuniam, ut mihi Stichum dares.* Sed imprudentiorem librarium arbitrantem, temere ſyllabam eſſe repetitam, ſcripſiſſe, duntaxat *pecuniam*, omiſſo verbo *peregrinam.* Atqui peregrina pecunia non tam ex quantitate, quam è ſubſtantiâ æſtimatur, imo etiam mercis loco habetur, ut de Victoriato nummo Illyrico, ante Legem Clodiam, teſtatur

ſtatur Plinius *in lib.* 33. *Hiſt. Nat. c.* 3. & de drachmâ, de tetradrachmo & omni peregrinâ pecuniâ Mæcianus *in l.* 17. *d. Jur. Patron.* Hæc ita Vir Cl. *in lib.* 4. *Probabil. c.* 4. tam eleganter, ut ſine voluptate legi non poſſint, & juris rationi eximie ſatisfiat.

3. Enim vero non habuiſſe Juris Conſultum in conſpectu ordinarium pecuniæ uſum, ſatis manifeſtum eſt, utpote ſecundum quem ſanus homo de genere contractus dubitare non poſſet. Si quis tamen, ut res eſt, ſine gravi causâ & inevitabili neceſſitate, à Lectione Florentinâ recedendum non putet; hujus Legis caſum ita ponat: Fortuitâ occaſione & cupiditate repentina mercis alicujus, ne in pretio hæreant, alter alterum provocat; hoc modo, *Pecuniam, quæ eſt in hoc ſacco, quam complexus ſum pugno, ut vides; hanc tibi do, ut tu mihi iſtum equum, illam rem des.* Acceptat alter, ignarus quantum ſit in ſacco, vel in pugno. Non eſt emptio Venditio, quæ pretium requirit certum. Nec eſſe rem inuſitatam, in Jure, pecuniam corporis habere rationem ſatis conſtat. Ita, ſi pecunia, quæ in arca eſt, legetur, ſpeciem, id eſt, corpus legari Ulpianus reſpondit *in l.* 30. §. *pen. d. Legat.* 1. Papinianus. *Si certos nummos, veluti quos in arca habet, legavit, non numerata pecunia, ſed ipſa corpora nummorum continentur, & exemplo cujuslibet corporis æſtimanda ſunt l.* 51. *d. tit.* Amplius, Africanus, *Si decem quæ in arca habeo*, legentur, corporis jure legatum putat æſtimandum eſſe *in l.* 108. §. 10. *d. t. de Legat.* 1. Qui ergo dat pecuniam, quæ in ſacco, quæ in pugno eſt, dat rem pro re, non pretium ſive quantitatem pecuniæ. Enimvero ſi apud Celſum hoc eſſet adjectum, *quæ in ſacco, in arca; in pugno eſt*, nihil ambigeretur: Sed caſum aliquem popularem, qualis hic eſt, Celſo in animo fuiſſe, res loquitur; cum ſi pecuniam, ut quantitatem pretii intellexiſſet, ſtultum fuiſſet, dubitare, qualis eſſet Contractus. Apparet, eum agere de caſu, qui non à conventione, ſicut emptio Venditio, ſed abruptè à dando inchoatus eſt. Quantitas pretii ſine prævià conventione concipi non poterat; quâ proinde non præmiſsâ, ne quantitatem quidem expreſſam fuiſſe conſentaneum eſt.

4. Denique, ad objectiones removendas habendum eſt ita; Cum Paulus in *l.* 5. §. 1. *d. Præſcr. verb.* emptionem Venditionem ſcribit eſſe contractam, *ſi quis pecuniam det, ut rem accipiat*, apparet eum de ordinario concurſu emptoris & venditoris loqui, de quo Celſus, ſi fuit JurisConſultus, imo ſi homo fuit, dubitare non potuit. Habemus ſcripta Veterum in Pandectis excerpta & abrupta ex aliis integris eorum libris; Si haberemus Digeſta Celſi, unde *lex ultima* deſumpta eſt, è prioribus haud dubie lux adfulſiſſet, quam nunc, illato lumine; quærere oportet. Quod magis eſt, quando id actum eſt, ut res *venderetur* eo pretio, quod in arca quis habet, emptionem venditionem eſſe dicemus; perinde eſt, ac ſi res *venderetur*, quanti venditor illam prius emit, vel quanti Tertius arbitratus fuerit, *l.* 7. §. 2. *d. Contrab. empt.* Primo, quia contrahentes *ibi* expreſſerunt animum emendi vendendi; Rurſus, quia non inceperunt à dando, ut *in hac L. ult.* ſed à conventione dandi, quod tunc quidem erat incertum, verum antequam daretur, certum erat futurum. Ita nec Ulpianus *in d. l.* 7. §. 1. diſſenſerit à Celſo in hac *L. ult.* Alias, quominus *in hac L.* ſit permutatio, ratiun-

tiunculas removet D. Wiſſembach *ad h. Tit. n.* 5. Ac ita nos in eo quidem ſubſiſtimus, ut nihil ſit mutandum in Lectione Florentinâ, nec quicquam ſit Antinomiæ, vel Eunomiæ contrarium.

Ulpianus Lib. XVI. ad Edict.

Sed & quod Meretrici datur, repeti non poteſt, ut Labeo & Marcellus ſcribunt, ſed novâ ratione; non eâ, quod utriuſque turpitudo verſatur, ſed ſolius dantis: Illam enim turpiter facere, quod ſit meretrix, ſed non turpiter accipere, cum ſit Meretrix l. 4. §. 1. d. Condict. ob turp. vel injuſt. cauſ.

1. Cenſura; *Vanam illam & futilem eſſe rationem Ulpiani, oſtendit acerrimi judicii Vir Franciſcus Sarmientus*, Hiſpanus, 6 *ſelect. interpr.* 8. ſunt verba D. Wiſſembachii *ad h. T. n.* 8. Non deſunt tamen Ulpiano Patroni, ne quidem ex Theologis, ut Sarmientus adfirmat, Pontificiis; qui non modo retentionem, ſed & actionem meretrici, ad petendum, quod ei promiſſum eſt, concedunt; eo quod materia conſuetudinis, quæ eſt uſus corporis, ſit vendibilis, *ut refert*, teſte *ibidem* Sarmiento, *D. Epiſcopus Segobienſis in regulâ, Peccatum, in 2. part. Prælection. in* §. 2. *col.* 1. *& ſequ.* Quin nec Grotius noſter ab hac ſententiâ videtur alienus *in lib.* 2. *cap.* 11. *n.* 9. *de jure B. & P.* ubi docet, *Promiſſionem vitioſam velut ob homicidium, in ſe quidem eſſe malam, & manere talem, quamdiu non eſt perpetratum crimen: tamdiu enim ipſa promiſſio, ut mali illex, labem in ſe habet quæ ceſſare incipit, peracto crimine: Unde ſequitur, uſque ad tempus, promiſſionis talis efficaciam eſſe in pendenti, crimine verò perpetrato, jam promiſſionis vim exſeri, quæ ab initio non intrinſecus defuit, ſed ab accedente vitio fuit impedita. Et hujus rei exemplum afferri poteſt in Judâ Jacobi filio, qui Thamari, quam meretricem putabat, promiſſam mercedem, tanquam debitam perſolvit.*

2. Secundum hæc abſolutus eſt Ulpianus, non illis è trivio dictis, *Ne ſis parum leno*, Terentius. Aut illo Ciceronis: *Qui ſemel impudentiæ fines transgreſſus eſt, eum graviter oportet eſſe impudentem, Epiſt. ad Lucceium*, Quid aliud faciet meretrix profeſſa, quam *mereri*? Sed ex penitiore philoſophiâ, ut apparet. Ne Faber quidem Antonius heic deſiderat quicquam, & Autumni Cenſura ceſſat in hoc articulo, & imitatoris ejus Belgæ. Sarmientus contrà diſputat, dationem à cauſa non poſſe ſejungi, *ut ſi Aſſaſino ob homicidium pecuniam des*, inquit. Diſtinguere debuit Sarmientus ſcilicet dationem, ob homicidium peractum, & peragendum; hanc illicitam eſſe, docet Grotius; ob peractum non æquè; cum hic tantum ſit fidei datæ implementum, prætetita jam turpitudine; naturaliter ſcilicet; nam Jure Civili juſtam eſſe cauſam, negandi ex hoc capite actionem, non negat, quo pertinet textus Sarmiento laudatus *in l. illud d. Manum Vind.* quod nemo de improbitate ſuâ conſequatur actionem, neque de lupanari ad tribunal hæ ſpurcitiæ ſint avocandæ. Rem igitur non bene tetigit, ut videtur, Sarmientus, ſi Grotio credimus & Canoniſtis cum Epiſcopo Segobienſi.

3. Plane, collocata ab Ulpiano poſitio ſeorſim à ratione quam reddit, conſiderata rectiſſime ſe habet: Juvenem quod meretrici dedit, repetere non poſ-

ſe, quia turpiter dedit, nec è turpitudine ſua actionem habere debet. Melius quam Grotius, qui juvenem repetere poſſe negaret, quia teneretur etiam ad ſolvendum, ut Juda ſe Thamari agnovit obligatum; unde Græci olim meretricibus actionem dediſſe videntur, ut indicat hiſtoria meretricis, quæ juvenem Promiſſi ob noctem reum, cum imaginatus illam κὴ σβέσας τὰν ἀδονάν, in ſomnio; ſolvere nollet, impetravit judicatum, ut pecuniæ viſu & tinnitu imaginarie *ille* ſatisfieret. Hæc facilitas procul abeſt à Romanis; Danti omnis actio præcluditur, quia turpitudinem dando commiſit. Agnoſcit igitur meretriciam turpitudinem Ulpianus, & in viro & in feminâ; Sed turpitudinem feminæ claudit in profeſſione primâ apud Ædiles factâ, per quam exuit pudorem; Admiſſas ad ejusmodi turpe victus exercitium, negat amplius facere turpiter, quod convenienter ſuæ profeſſioni vivunt & agunt. Marcellus & Labeo tamen ita putabant, meretricem adhuc facere turpiter accipiendo; quibus, ut videtur, Ulpianus ſubtilior videri voluit. Inſubtilior tamen Grotio, & quem is citat, Cajetano, vel Epiſcopo Segobienſi, aut Theologis & Canoniſtis, quos laudat Sarmientus: qui hoc modo tradebant; Thamarem quidem feciſſe turpiter, ſubeundo ſtuprum; non feciſſe turpiter, exigendo mercedem promiſſam, quæ laudatur hoc hoc nomine à Juda, exactioris juſtitiæ, quam ipſe præſtitiſſet *Geneſ.* 38. *v.* 26. Quid ergo? Marcelli & Labeonis, an Grotii cum ſuis ὁμοψήφοις ſententiam ſequemur? nam ſi hæc ſit bona, de Ulpiano nihil opus eſt, laboremus. Mihi nec Grotii & Cajetani ſententia probatur, nec à Labeone Veteribuſque diſſentio, nec tamen omnem Ulpiano defenſionis viam præcluſero.

4. Quod Juris auctores tradunt, E contractu turpi nullam penitus actionem eſſe dandam §. 23. *I. de Inutil. ſtipul. l.* 26. *& ſeqq. l.* 123. *d. V. O.* ex intimo Jure Naturæ depromptum videtur; quo talis promiſſio inde ab initio nullius momenti habenda eſt, non minus certe quam Jure Civili habetur *dd. l.* Quod nec aliunde, quàm ab ipſo naturali pudore, & eo quod intereſt humani generis, non ex civili ratione petitum ac uſu Fori receptum eſt. Nec videtur eſſe verum, quod Grotius ait, peracto crimine, ceſſare turpitudinem. Qui enim urget eam ad actionis efficaciam, ejuſque fructu gaudere cupit, non eſt adhuc expers turpitudinis, quam præ ſe fert, unde jus ſibi quæſitum eſſe contendit. Sed an is, qui exigere non poteſt, quia tamen promiſit, ex animi ſui conſcientiâ tenebitur ad ſolvendum? ut ſequi videtur, ex eo quod illi crimine peracto ceſſare turpitudinem volunt? Non eſt dubium equidem, quin in hoc inſit in Grotii verbis: Ait enim peracto crimine, promiſſionem ſuam vim adipiſci & exerere, quæ vis eſt agendi petendique facultas. Sed ego ad exemplum Thamaris & Judæ, quod eſt ſecundum literam *in d. cap.* XXXVIII. *Geneſios* ita dixerim; Fuit ſane Judas paratus ad ſolvendam mercedem, non quod ſe jure putaret obligatum; ſed ut pignus ſuum redimeret *v* 20. item perverſæ generoſitatis & fidei in re malâ ſervandæ prætextu, ne res ſibi probro imputaretur, & in contemptum verteret, ut ipſe indicat Adullamo *v.* 23. Quemadmodum inter eos, qui veris rerum nominibus amiſſis, qualitates virtutum ad ipſa vitia transferunt, fieri ac æſtimari ſolet, nec à Judâ, utcunque patriarcha, in illa περιστάσει alienum videri potuit.

5. Di-

Digitized by Google

5. Dicamus igitur, jure naturali non magis quam Civili, turpia facta poſt ſe relinquere juris & actionis effectum. Meretricem non habere actionem petendæ mercedis; etſi nec quod datum eſt illi, à dante repeti poteſt; non quia meretrix aliquid juris habeat, ſed quia nullum jus eſt ejus qui dedit, & ſic res niſi in loco ſuo manere poteſt. An autem meretrix, profeſſa nomen ſuum apud Ædiles, adhuc facit turpiter in ſingulis actibus, accipiendo pecuniam, cujus gratiâ vitam hanc elegit? Diſtinguimus, inter naturalem & civilem turpitudinis reputationem. Jure naturali non eſt dubium, quin toties peccet & turpiter faciat, quoties ſtupri cauſa ſe proſtituit, idque Labeo & Marcellus conſiderarunt. Sed Ulpianus *civilem* æſtimationem ejus temporis, quo meretrices profeſſæ tolerabantur, conſiderat: Ideoque juris effectus idcirco illis præcludi non poterant. Turpitudinem alioqui ſingulis ineſſe actibus, indicat eo, quod Virum turpiter agere affirmat & civiliter & naturaliter; Mulier Jure Naturæ ſolo, non æque civili Jure identidem peccabat; civilis experti turpitudinis quid ni civilem demus actionem? Ita vel nulla, vel admodum exigua Ulpiani culpa relinquitur. Si quis putet, ejus diſtinctionem non eſſe tanti, ut propterea Novitatem ſuam graviori Veterum ſententiæ præferendam putaret, quæ fuit *ἐπιχείρησις* noſtra *in Prælect. ad h. t.* ne adhuc quidem refragabimur; Etſi poteſt defendi contra Sarmientum, qui tantum de turpitudine meri juris naturæ loquitur. Adde ſis D. Joh. Andr. vander Meulen, *de Foro poli part* 3 *Qu.* 4.

Paulus Lib. v. ad Plautium.

Si veſtimenta utenda tibi commendavero, deinde pretium, ut reciperem, dediſſem: condictione me rectè acturum, reſponſum eſt. Quamvis enim propter rem datum ſit, & cauſa ſecuta ſit: tamen turpiter datum eſt. Si rem locatam tibi, vel venditam à te, vel mandatam ut redderes, pecuniam acceperis: habebo tecum ex locato, vel vendito, vel mandati actionem. Quòd ſi, ut id, quod ex teſtamento, vel ex ſtipulatu debebas, redderes mihi, pecuniam tibi dederit: condictio dumtaxat pecuniæ eo nomine erit. Idque & Pomponius ſcribit. L. ult. d. Condict. ob turp. vel injuſt. cauſ.

1. Hunc locum Cenſores Gallus & Belga reprehendunt; Non eſſe juſtam repetendi cauſam ab eo, qui pecuniam accepit, ut rem debitam Creditori Dominove ſuo reſtitueret. Rationes Autumni ſunt variæ. I. Quod qui beneficium commodando, in aliquem contulit, poteſt addere pecuniam, quemadmodum Dominus rei furto ablatæ, ſi illam furi leget, heres eam condicere non poteſt *l.* 10. *§. ult. d. Condict. furt.* II. Etſi nulla ſit quæſtio, tamen propter metum litis pecunia data repeti non poteſt *l.* 2. *C. de Tranſact.* III Nihil eſt cauſæ, cur non hæc pecunia donata videatur, cum nullo jure cogente data ſit *l* 19. *d. Donat.* & affectionis cauſâ *l.* 5. *eod.* IV. Cujus per errorem dati repetitio eſt, ejus conſulto dati donatio eſt, ait ipſe Paulus in *l.* 54 *d. R. J.* & qui ſciens non debitum ſolvit, repetere non poteſt *l.* 1. *d. Condict. Indeb* V. Non eſt hæc cauſa turpis, ut veſtimenta reſtituantur, aut ut id quod è teſtamento vel ſtipu-

Digitized by Google

ſtipulatu debetur, id ſolvatur; nihil eſt quam datio ob cauſam, quæ ſequuta eſt, de quâ proinde non datur condictio.

2. Ad ultimum primo reſpondebimus, quo facilius reliqua cedant. Qui animum inducere noluit, ad faciendum quod boni mores, data fides & ſacra legum reverentia dictant, ut quod commmodatum, locatum, depoſitum eſt reddat, aliâve ex cauſa liquido debetur, ſolvat; quique ad hoc, pecuniâ data permovendus & adducendus fuit, is rem facit inliberalem, ſordidam & turpem: Ex quâ proinde, ſi non detur condictio cauſâ, datâ, cauſâ non ſecutâ; negari tamen non poſſit hujus loci condictio, ex turpi cauſa.

2. Nec objici poteſt regula Juris, non eſſe repetitionem ejus quod à ſciente non debitum eſt ſolutum; Ceſſat enim merito hæc regula, in datione, quæ fit ex turpi causâ, ſi nulla quidem dantis turpitudo ſit; Etſi enim bene gnarus, ſe non teneri ad dandum, nihilominus dederit, ut vexationem redimeret, hoc caſu maxime locum habet hujus loci condictio, quod & Ulpianus ſcripſit *in l.* 2. §. 1. *h. t.* Si tibi dedero, ut rem mihi reddas depoſitam apud te, vel ut inſtrumentum mihi reſtituas, hæc condictio datur. Denique, perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem; id quod ex injuſta causâ apud aliquem ſit, poſſe condici, in qua ſententia etiam Celſus eſt, ut ſcribit idem Ulpianus *in l.* 6. *h. t.* Nulla cauſa igitur eſt, dicendi, pecuniam illam donandi animo fuiſſe datam; utpote nullo jure cogente, ſolutam: Non agitur enim de neceſſitate Juris, quæ nunquam in datione factâ per accipientis turpitudinem, intercedit. Nec enim quiſquam ad dandum, quod turpiter accipitur, unquam tenetur. Et ſi qua fuerit nimia dantis facilitas, quod re ſua tamdiu carere non poſſit; dum lis finiatur, accipientis turpitudo vincit hanc qualemcunque dantis imprudentiam aut litium fugam. In condictione cauſa dati, causâ non ſequuta, repetitio datur ex pœnitentiâ, ubi nulla vertitur alterius turpitudo: Quanto magis in manifeſtâ turpitudine accipientis? Sic ad omnia reſponſum eſt, etiam ad primum; Supereſt argumentum *Legis* 2. *C. de Tranſact.* ubi, pecunia transactionis causa data, licet nulla fuerit quæſtio, non modo repeti non poteſt, ſed etiam non ſoluta, perſolvenda eſt. Dic, eſſe manifeſtum diſcrimen, dationis in ſpecie hujus Legis, & Transactionis; Quod hic eſt datum, non tranſigendi cauſa de re incerta, ſed recuperandi rem indubiiatè ſuam datum eſt. In *l.* 2. objecta, Tranſigendi animus fuit expreſſus; In noſtra *Lege ult.* non modo non ita, ſed nec ibi res eſt dubia, qualis in transactione ſemper eſt *l.* 1. *d. Tranſact.* Autumnus inſtat; Ne quidem *in l.* 2. rem indubiam vel incertam fuiſſe; quia nulla *fuit quæſtio.* Sed dic, ibi Quæſtionem, eſſe litem in judicio motam, ut *in l.* 1. §. 3. *Ne de ſtat. defunct*; ubi, *ſi cæpta quæſtio fuit.* Talis ad Transactionem quidem non requiritur; ſed extrajudicialis ſaltem diſputatio & controverſia, abeſſe non poteſt. Nam ſine omni Quæſtione, & incertitudine Transactio non habet intellectum. Ergo & materiæ & contrahentium animi diverſitas, vim tollit omnem conſecutionis in argumento & Cenſura Autumni.

Juſti-

Juſtinianus Auguſtus

Heres quoque legatorum nomine non propriè ex contractu obligatus intelligitur: (neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius geſſiſſe propriè dici poteſt) & *tamen quia ex maleficio non eſt obligatus: quaſi ex contractu debere intelligitur.* §. VI. *Inſt. de Oblig. è Qu. contr.*

1. Bachovius; Inſubtiliter ſane dicitur, *inquit*, ſi verum dicere volumus, à Juſtiniano in §. *item is* 6. *l. de Obl. ex qu. contr.* quod Indebiti condictio magis ſit ex diſtractu. Neque enim ex eo quod expreſſè agitur, ſed ex tacito conſenſu naſcitur hæc actio & verò ex diſtractu naſci actionem abſurdiſſimum ſit, quod non ſatis expendit Tribonianus. Hæc ille ad τὰ πρῶτα *tit. de Pact. cap. de convent. tac.* & *ad d.* §. 6. Sed male Bachovius exemplo Fabriano, quod procul habere debuit in Tribonianum rejicit, quod is habet ex accurato Juris auctore Cajo, qui ſic loquitur in *l.* 5. §. 3. *d. O.* & *A. Is quoque qui non debitum accipit per errorem ſolventis, obligatur quidem quaſi ex mutui datione,* & *eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus, ſed non poteſt intelligi is, qui ex ea cauſa tenetur, ex contractu obligatus eſſe. Qui enim ſolvit per errorem, magis diſtrahendæ obligationis animo, quàm contrahendæ dare videtur.* Nimis eſt ſubtile, quod eſt Bachovii vitium, inſubtilitatis & abſurditatis arguere, quod in re ipsâ nihil à veritate juriſque ratione alienum continet, imo nec quicquam ab ipsâ Bachovii interpretatione remotum. Quid enim eſt in tacito conſenſu, quem ille condictionem Indebiti producere tradit? Quod partes id egiſſe videantur, ut ſi deinde conſtat, non deberi quod ſolvitur, ſolutum reſtituatur: hoc eſt, uti, quod nunc agitur, retractetur. Intentio tacita retractationis ſive diſtractionis eſt cauſa quaſi contractus, unde Condictio indebiti naſcitur. Quid concinnius ad ipſius Bachovii diſceptationem & ineptias ad Cenſuram proferri poſſit, quis dixerit?

Ulpianus Lib. XVI. ad Sabin.

Si quid ex teſtamento ſolutum ſit, quod poſtea falſum, vel inofficioſum, vel irritum, vel ruptum apparuerit, repetetur: vel ſi poſt multum temporis emerſerit æs alienum: vel codicilli diu celati, prolati qui ademptionem continent legatorum ſolutorum; vel deminutionem per hoc, quia aliis quoque legata relicta ſunt. Nam Divus Hadrianus circa inofficioſum, & *falſum teſtamentum reſcripſit, actionem dandam ei, ſecundum quem de hereditate judicatum eſt. l.* 2. §. 1. *d. Condict. Indeb.*

1. Cenſura hic eſt, adverſus eam partem legis, quâ id quod ſolutum eſt è teſtamento, quod irritum vel ruptum fuerit, ob defectum Juris ſolemnitatum, repeti poſſe dicitur. Nam ſi teſtamentum reperiatur falſum, nulla cauſa eſt cur ſolutum non repetatur; quia non fuit voluntas defuncti, ut ſolveretur. At ſi ratione ſolennitatum vel requiſitorum Juris Civilis irritum & vitioſum ſit Teſtamentum, voluntas autem defuncti ſit evidens, ad hoc, ut legatum ſolve-

 retur

Digitized by Google

condici nequeat? Hæccene, quod ſors erat debita? Nunquid ergo, ſors ſine uſuris eſſe non poteſt? Adeone jam non ſolummodo licitum eſt fœnus, de quo merito divini & humani JurisConſulti ambigunt, ſed etiam neceſſarium? Cenſura gravis! quam Veteres Pandectarum editores non ſuſtinentes, ita vulgatam poſuere lectionem, pro,* *ſortis debitæ*, ut eſt Florentiæ, *ſorti debitas*; ſed inepte & ſine ſenſu: quo enim reſpectu uſuræ fuerint indebitæ, ſi debitæ ſorti? Antonius Faber *ad h. l.* defenſionem hujus loci petit ab ipſâ Æquitate Obligationis Naturalis, ad ἀντίδωρα, ſive remunerandum, de quâ eſt *in l.* 25. §. 11. *d. Hered. Pet.* Quaſi debitor, qui habet uſum pecuniæ gratuitum, nataraliter ad uſuras, remunerandi creditoris gratiâ, teneri videatur. Sed primò, hæc ad remunerandum obligatio eſt tantum probabilis & arbitraria, non pertinet ad expletricem juſtitiam, nec ullum in Jure Civili effectus habet; tota generoſitati & arbitrio ejus, qui beneficium accepit committitur, *in d.* §. 11. Non poteſt igitur impedire condictionem indebiti; ſiquidem is effectus juris notabilis foret. Præterea; pro pecunia mutuo data uſuras deberi, tantum abeſt, ut jus naturale, vel grati animi dictet officium, propius ut à corruptione contractus beneficî abiit uſurarum ſolutio; quas ipſum Jus Civile prohibet in Contractibus ubi per ſe non debentur, niſi in expreſſam deductas ſtipulationem. Rationes, quibus multi Viri graviſſimi dant operam, ut omnem uſuram probent eſſe illicitam, ſi iſtud non efficiunt, ut certe illuc eniti non poſſunt, ut Uſura plane nefaria ſit, hoc tamen facile conſequuntur; ut ne prætextu gratitudinis, obligationem Juris naturæ comminiſcamur, quæ prohibeat eum, qui non debet uſuras, erroneè ſolutas repetere; quod de quolibet alio debito fieri, naturalis æquitas efficaciſſime dictat. An verò ſorti ſaltem imputandum, quod uſuræ causâ indebitè ſolutum eſt, ut hic adfirmatur de eo, quod ſupra Legitimum uſuræ modum fuit ſolutum? Haud abs re ſic aliquis putet, quia hoc etiam condici poſſe negatur, & tamen imputatur ſorti. Nec quod plane non debetur, pejoris oportet eſſe conditionis, quam in genere quidem ſuo debetur, verum tamen modum legis excedit. Sed non patitur ita nos ſtatuere, poſitio ſimplex & clara; Uſuras indebitas ſortis debitæ repeti non poſſe. Ut in ſortem imputari queant, opus eſt textu, qui hic deficit: Et eſt ratio diverſitatis; quod prohibitio legis expreſſa ſolutionem ipſo jure nullam reddit. Talis autem prohibitio Legis non eſt de uſuris indebite ſolutis; quia cauſa indebiti, magis eſt facti, quod promiſſæ non ſint, quam Juris, quia promitti potuerunt. Quid igitur? Ergo non à Jure Naturæ, ſed à Civili & uſu populorum, hujus doctrinæ cauſam puto arceſſendam. Mutuum ſuâ naturâ contractus eſt beneficus, & uſurarum præſtatio, ſicut ubique rationi naturali non repugnat, eſt tamen univerſa juris poſitivi, εὕρημα βίου καὶ χρόνου, *Inventio temporis & uſus*, & ancipitis obſervantiæ inſtitutum à pleriſque receptum, multis olim cane pejus & angue exoſum, ſemper Hebræis, diu Romanis. Sed tandem perrupit, in tantum, ut nemo notabilem pecuniæ ſummam alteri ſine uſuris facile proroget. Unde, ſi quis ſortis verè debitæ ſolverit uſuras, ex uſu recepto & tacito conſenſu, quem res ipſa ferat, illas ſolviſſe videtur: Ut ne quidem, errore probato, viſum fuerit dare condictionem, ex causâ, de qua juſtam querendi cauſam, qui ſolvit, ha-

bere

bere non videatur. Nec eſſe creditur in dolo aut indebiti accepti cauſa, qui accepit, quod homines communiter ſortibus accedere creditis intelligunt ac interpretantur. Prope enim eſt, ut vulgo putent, iniquum eſſe, pecuniis alienis ſine mercede, gratis uti.

Paulus Lib. xxxii. ad Edictum.

Judex ſi male abſolvit, & abſolutus ſua ſponte ſolverit, repetere non poteſt L. 28. d. Condict. Indeb.

1. Diſſentit à Paulo Groenewegius *ad h. l.* nec dubitat, quin moribus hodiernis hæc ſententia non obtineat; non quod æquitati naturali repugnet; hæc enim eſt pro Paulo; cum Judex, abſolvendo verum debitorem, æquitatis Legem violaverit, & ſolvendo quod debetur, res ſit in ſitu naturali, quem moveri non oportet. Sed ratio publici juris & connexio poſitionum Artis repugnat, quæ major eſt difficultas quam primo intuitu videtur. Res enim judicata pro veritate habetur *l. 19. d Stat. hom. l. 207. d. R. J.* Idque moribus noſtris validius obtinere Cenſor adfirmat, *ut ſententiæ quamvis iniquæ & ipſo jure nullæ, judicati auctoritatem obtineant, niſi per appellationem aut alio legitimo modo reſcindantur.* Largius quàm par eſt loquitur; Quippe contra ſententias, quæ ipſo jure nullæ ſunt, Querela Nullitatis quæ eſt perpetua, hodiernis moribus ſublata non eſt, *Gail. 1. obſ.* 127. ſed quæ nonniſi per appellationem reſcinduntur, hæ fatalibus elapſis, ſine diſcrimine æquitatis, aut iniquitatis ſunt inretractabiles, & juſta cauſa debiti eſt, quæ re judicata nititur, *d. l. 19. d. l. 207.* Accedit argum. *l. 26. §. 3. h. t.* ubi Ulpianus ita ſcribit; *Indebitum ſolutum accipimus, non ſolum, ſi omnino non debeatur, ſed &, ſi per exceptionem perpetuam peti non poterat, quare hoc quoque repeti poterit.* Quæ autem eſt validior exceptio perpetua, quam rei judicatæ *tot. tit. de Except. rei jud.*?

2. Quid ergo? Reſpondendi medium ſuggerere videtur Ulpianus idem in *d. l. 28*, addens; *niſi ſciens, ſe tutum exceptione, ſolvit.* Hic autem textus non dicit, ſciens an ignorans, ſe abſolutum, debitor ſolverit; Ergo dicamus, ſcientem ſolviſſe, verbis *ſua Sponte*, quo caſu proculdubio non datur condictio *l. 1. in fin. h. t.* Sed Groenewegius occupavit hanc objectionem, poſito, debitorem ſolviſſe per imprudentiam ſive errorem. Quod etſi non habetur in textu, & verba, *ſua ſponte*, diverſum indicare videntur, negare tamen non auſim; quia per omnem *hunc tit.* ubi de condictione indebiti agitur, ſolutum per errorem & quidem facti imprimis, ſupponitur *d. l. 4. & paſſ. h. t. l. 10. C. eod.* Idem colligi poteſt, ex *l. 60. in pr. h. t.* Ubi Paulus idem, qui eſt auctor *hujus l. 28.* docet debitorem verum, ſive abſolutum ſive condemnatum, ſi ſolverit, non poſſe condicere, *quia naturâ tamen debitor permanet.* Quâ nihil opus erat ratione, ſi quidem ſciens prudens ſolviſſet, neque minus illa ratio convenit ignoranti, quàm ſcienti. Verba igitur *Sponte ſolverit*, intelligantur oppoſito ſenſu ad vim exeentionis. Teneamus igitur hanc rationem; quod verus debitor abſolutus, ſolutum non condicat, quia naturalis obligatio impedit condictionem

numittas; non vis manumittere, quid ni igitur repetam omne quod dedi? Si malo tamen ipſum conſequi ſervum, non ſimpliciter ad ſervum agam; hoc enim in Fabri argumentum incurreret: ſed alternative ſervum, aut decem quæ dedi, condicam; Id enim indicant verba, *neceſſe eſt aut ipſum ei dari, aut quod dedit, reſtitui.* Quid in hoc eſt iniqui aut ἄτοπον? Eligere pro malle ibi ſumitur, ſine pleno jure agendi abſolutè in alterum; quia mox arbitrium ſolvendi datur ei qui pecuniam accepit; quo tollitur novum Fabri argumentum, quaſi textus ſibi contradiceret, electionem dando prius danti, & mox ei qui accepit.

3. Ad verba, *Quod ſi diſtracturus non erat eum, oportet id quod accepit, reſtitui.* Negat hoc rationem habere Faber, Autumno Cenſore jam acutior, quia ſervus ſine culpa ejus qui decem accepit, fugiſſe ponitur, antequam manumitteretur. Ubi hoc, *ſine culpa*? Imo qui rem ſibi furto auferri paſſus eſt, ſemper in culpa eſſe creditur *arg. §. Item ſi fullo 15. de obl. ex del.* Quid ni etiam, qui ſervum non cuſtodivit? Sed pone ſis; fugiſſe ſervum ſine culpa, quod hic minimè ſcriptum eſt; An caſus ille fortuitus qui domino accidit in ſervo, impediet condictionem & pœnitentiæ facultatem auferret ei qui dedit pecuniam ob factum, quod ſecutum non eſt; Hoc potius non habet rationem, quia damnum hoc, etſi pecuniam, ut manumitteret, non accepiſſet, paſſurus fuerat; Et magis, ſi forte ſervus non ignoraverit pecuniam ſui manumittendi causâ eſſe datam; quin forte, quod dominus cunctaretur eum manumittere, fugit, metuens pœnitentiam dantis; quo caſu vere dominus haberet, quod ſibi imputaret.

4. Poſtremò Faber; Sed longe ineptior, inquit, eſt exceptio, quæ ſtatim ſequitur: *Niſi forte diligentius eum habiturus eſſet, ſi non accepiſſet, ut manumitteret: tunc enim non eſt æquum, eum & ſervo & toto pretio carere.* Primum Fabro ineptiæ argumentum eſt; *quia nec ſciri, nec probari hoc ullo modo poteſt, an fuerit dominus hunc ſervum diligentius habiturus; ſi pecuniam non accepiſſet, an vero negligentius, nihilque niſi inextricabilem facti quæſtionem & litis materiam diſtinctio hæc præbere poteſt.* Pone caſum; Dominus ſervo iratus eum in vinculis, in ergaſtulo, in piſtrino, in fodinis habebat, ut creberrime fieri ſolitum fuiſſe conſtat. Titius ſervum miſeratus dedit ei decem, u ſervum manumitteret. Hoc parans & primâ occaſione facturus, eum liberius habuit, quaſi ſtatuliberum Servus non fidens præſentibus & metuens pœnitentiam dantis, ut dein accidit, fuga ſe ſubduxit. Quid eſt civilius & obſervatu probatuque facilius? ut mirum ſit tanti Virum acuminis id imaginari non potuiſſe Fabrum. Illa vero domini indulgentia, negligentius habendi ſervum, pro cujus libertate pecuniam in manibus habebat, dum occaſione potiretur adeundi Prætorem, non erat ut merito culpæ imputaretur. Ideo corruit ultima Fabri inſtantia: *Deinde*, ait, *quia etiamſi ex facto conſtaret, fuiſſe dominum tanto diligentius habiturum ſervum hunc, ſi pecuniam non accepiſſet, ad eum manumittendum, tanto major tamen ratio eſt, ut ad pecuniæ reſtitutionem condemnari debeat, cum negligentia quæ in rebus propriis culpanda eſt, in alienis ſit coërcenda l. 24 §. ſi maritus Sol. matrim. juncta l. 23. in fin. Depoſ.* & porro contra Accurſium id alio trahentem diſputat. Dicamus, quod res eſt, eum qui dedit pecuniam domino, ut ſervum manumiteret, caſu quo diximus, non habere cauſam querendi, quod dominus accepta pecunia ſervum aliquanto liberius

berius habuerit ; Id enim ſcopo dantis erat conſentaneum. Ideoque nihil eſt cauſæ, cur is qui dedit pecuniam, hujus indulgentiæ detrimentum ſoli domino ſervi, quem ipſe provocavit, nocere velit.

Ulpianus lib. 2. ad Edict.

Sed ubi accepit, ut manumitteret, deinde ſervus deceſſit: ſi quidem moram fecit manumiſſioni, conſequens eſt, ut dicamus refundere eum, quod accepit. Quod ſi moram non fecit, ſed cum profectus eſſet ad præſidem, vel apud quem manumittere poſſet, ſervus in itinere deceſſerit: verius eſt, ſi quidem diſtracturus erat, vel quo ipſe uſurus, oportere dici, nihil eum refundere debere: enimvero ſi nihil eorum facturus, ipſi adhuc ſervum obiſſe. Decederet enim, & ſi non accepiſſet, ut manumitteret, niſi fortè profectio manumiſſionis gratia, morti cauſam præbuit; ut vel à latronibus ſit interfectus, vel ruina in ſtabulo oppreſſus, vel vehiculo obtritus, vel alio quo modo, quo non periret, niſi manumiſſionis cauſa proficiſceretur. l. 5. §. ult. d. Condict. cauſ. dat. non ſec.

1. Faber. *Hic verò, quis non miretur cunctantem hanc Triboniani noſtri & inelegantiam & inſcitiam; ſive contextum verborum, qui totus inſulſus & malè concinnatus eſt, ſive juris rationem ipſam intueamur.* Jam ſi nos inter eos ſumus, qui non mirantur cum Fabro hanc inclegantiam & ſtultitiam contextus & imperitiam juris in hoc textu, metuendum eſt, ne ſimus æque inſulſi, ac ipſum videri oprteat, ſi tam gravis ſine gravi cauſa Juris Conditorum Cenſor & Inriſor, qualis aliquoties viſus & deprehenſus eſt, appareat. In ſtylo carpit verbum *refundere*, pro reddere & reſtituere, *ſi diis placet*, inquit; Atqui, niſi fallit nos Briſſonius & loca ab illo citata in *refundere*, ſatis frequens in hoc ſenſu illud vocabulum eſt veteribus Juris Conſultis. Item *decederet*, pro *deceſſiſſet*; cujusmodi enallagæ ſi νοθεύσεις arguunt Textus Juris, næ magna illorum ſtrages fieret. Ubique Lector ejusmodi & majores anomalias in Juris Conſultis Veteribus, quæ ſæpius elegantiarum loco ſunt, offendet.

2. In Re, primum quod notat Faber, eſt hoc; Repetitionem pecuniæ datæ, ut ſervus manumittatur, ſi poſt moram manumittendi ſit mortuus, non venire è condictione cauſâ datâ, cauſa non ſecuta, *cujus* ſcilicet, *Tribonianus*, ait Faber, *eximius, ne dicam, perditus amator eſt*, ſed utili actione Venditi, quod ſuperius ad §. 3. jam refutatum eſt, cum nihil emptioni Venditioni ſimile in hoc negotio vertaur. Sed eſt argumentum aliud non ſpernendum; Si deceſſerit ſervus, pro quo dominus pecuniam acceperit, ut eum manumitteret, poſt id tempus quo manumitti potuerit, repetitionem eſſe; ſin minus, ceſſare *l. 3. §. 3. h. t.* Proinde, ſi dominus jam in itinere fuerit, ad præſidem aliumve magiſtratum, ut hic, coràm quo ſervum manumitteret, cum diligentiæ actum adhibuerit, nec in morâ fuiſſe dici queat; indiſtincte eum non teneri dicendum videtur, ſecus atque hic intricate diſtinguitur. Accurſius jam reſpondit, locum indefinitum, qualis eſt in *d. l. 3. §. 3.* interpretationem capere ex eo loco, ubi res eadem exactius & diſtinctius explicatur, quod aliàs ſemper fieri notum & neceſſarium eſt. Bartolus addidit; dant

 ex

ex pœnitentiâ repetitionem dari, modo ſervus occaſione dationis factæ, vel per cauſam dationis non deceſſerit, ſecundum hujus loci deciſionem. Faber negat, pœnitentiæ rationem hic uſu venire, quia in toto *hoc* §. non memoretur. Sed cum in *præcedentibus* §. §. ſemper in pœnitentiâ fundetur, & hic §. cohæreat prioribus, adeò ut Faber Editores, quod hunc à præcedente §. ſeparaverint, bis reprehendat, διὰ κοινοῦ pœnitentia proculdubio repetenda eſt: Et quidem pœnitentia, quæ ante mortem ſervi teſtata fuerit, etſi forte nondum inſinuata domino. Id equidem Fabro non negamus; Tota hac L. potuiſſe brevius hanc rem abſolvi, hoc fere modo; Si dedi pecuniam, ut ſervum manumittas, hic eſt contractus innominatus, è quo datur condictio ex pœnitentia, modo per cauſam dationis nihil detrimenti domino ſine ſua culpa vel mora, inferatur. Sed deſumpta ſunt hæc loca è libris diſputationum, ubi cuncta particulatim excutiuntur. Si quid alicubi è calamo Digerentium Juſtiniani miniſtrorum adjectum ſit, de quo litigare nolumus; ut tamen hæc integra Lex ἔμβλημα falſum Triboniani ſit, nihil cauſæ profertur & eſt nimis immane. Modeſtior, etſi liberalis ſatis emblematum eſt Wiſſembachius noſter, in *Tractatu emblem. Tribon.* ſed hujusmodi enormitatibus meruit Faber, me quidem non applaudente, ut Præceptor ille noſter, imitatus Bachovium, ingens ei convitium dixerit, hominem corrumpendæ Juris prudentiæ Natum appellans. Quod labores ejus immenſi & heroicum de Jurisprudentia bene merendi ſtudium nequaquam merentur.

Ulpian. Lib. III. Diſputat.

Si extraneus pro muliere dotem dediſſet, & pactus eſſet, ut quoquo modo finitum eſſet matrimonium, dos ei redderetur, nec fuerint nuptiæ ſecutæ: quia de his caſibus ſolummodo fuit conventum, qui matrimonium ſequuntur, nuptiæ autem ſecutæ non ſint: quærendum erit, utrum mulieri condictio, an ei, qui dotem dedit, competat. Et veriſimile eſt, in hunc quoque caſum, eum, qui dat, ſibi proſpicere: nam, quaſi cauſa non ſecuta habere poteſt condictionem, qui ob matrimonium dedit matrimonio non copulato, niſi fortè evidentiſſimis probationbus mulier oſtenderit, hoc eum ideo feciſſe, ut ipſi magis mulieri, quàm ſibi proſpiceret. Sed & ſi pater pro filia det, & ita convenit: evidenter aliud actum ſit, condictionem patri competere, Marcellus ait. l. 6. d. Condict. cauſ. dat. & non ſec.

1. Faber iterum prolixè de ineptiis & emblemate abſurdo Triboniani, à quo hanc quoque legem fere totam vult eſſe corruptam & ſuffartam. *In tota hac lege nihil*, inquit, *video, quod juris rationi quadret, nihil quod in ipſa verborum ſtructura bene cohæreat.* Si de ſolâ verborum ſtructura controverſiam faceret, hæc facilius à nobis transmiti poſſet. Sed quod nihil juris rationi quadret, hoc Eunomia prætervehi non poteſt. Non eſt tam obſcura Lex, ut opus ſit, ejus ſubducere & explicare ſpeciem. Primum Fabri argumentum à ſtylo, eſt ex his verbis, *quærendum erit*, deſumptum. *Ubinam gentium Ulpianus,*

Digitized by Google

nus, aut quis alius ex prudentibus ſic unquam locutus eſt? inquit. Mallem diceret, vel *dixiſſet*, (ne Tribonianiſmum alias à Fabro notatum, committam,) quid inſolentius ſit in hoc *Quærendum erit*, quam in *quæritur*, vel *quæſitum eſt*, ubique obviis; niſi quod hæc *factum* motæ quæſtionis, illud, quæſtionem in theſi indicant. II. *Dos ei redderetur*, verba ſunt ambigua, inquit, dantemne an mulierem ſpectent. Reſpondeo; Sint ambigua; Quin eſſe debuerunt ambigua; ſi non eſſent, quærendum non fuiſſet, ad utrum ſpectarent, in quo eſt omne textus argumentum. III. Caſus ineptè variantur; primo, qui dotem *dedit*; mox, *qui dat*. Quod Elegantiæ aliquis tribueret, ne ſemper idem, cum ad ſenſum nihil referat; hoc Faber ad ſtultitiam refert: IV. *Matrimonio non copulato*, negat bene dictum; *contracto*, *ſecuto* debuiſſe dici. Atqui matrimonio copulatos Ulpianus idem dixit in *l.* 32. §. 16. *d. Donat. int V. & ux.* copulatas nuptiis idem *l.* 8. *d. Senat.* Denique nuptiis copulatos & Nuptias copulatas Gordianus Ulpiano coævus, nec unâ ab eo generatione diſtans in *l.* 3. *C. de Dot. promiſſ. l.* 8. *C. de Nupt.* quæ refellunt Fabri grammaticam.

2. Sequantur argumenta rerum. I. Adverſus hæc verba; *Veriſimile eſt, in hunc quoque caſum, eum qui dat, ſibi proſpicere.* Condictio fundatur, ait Lex, in præſumptâ voluntate dantis; *quod tamen nonniſi valde ineptè dici aut credi poteſt*, inquit: nec enim condictionem naſci *ex conventione expreſſâ vel tacitâ, ſed ex ſolâ naturâ & æquitate negotii.* Non referam me ad doctrinam Bachovii, condictionis hujus cauſam unicè fundantis in tacitâ conventione, & quaſi contractu, quod nihil opus eſſe, neque rectum videri, diximus *in Prælect. ad h. t.* Sed quid hoc eſt, quod Faber poſtulat; In actionibus dandis aut non dandis, non eſſe conſiderandum, quid actum ſit expreſſe vel tacite inter contrahentes? Imo quid prius, quid uſitatius & convenientius, non modo in bonæ fidei, ſed etiam in ſtricti juris contractibus; quod exemplis adeo ſupervacuum eſt adſtruere, ut nihil ubique magis ſit obvium. II. Faber; *Quomodo poteſt ſibi proſpexiſſe, qui dedit in eum caſum, de quo non cogitaverit?* Pactus erat, dotem ſibi reddi, finito matrimonio. Accidit, ut matrimonium planè ſecutum non fuerit: Etiam in hunc caſum veriſimile eſt, eum ſibi proſpectum voluiſſe, ut putat Ulpianus, ac ideo dandam eſſe condictionem *Quis in dote conſtituenda & paciſcendo, ut finitis nuptiis reſtituatur, cogitet de tali dote, quæ nunquam dos futura ſit?* inſtat iterum Faber. Cavillatio tam iniqua, ut à malitiâ excuſari non poſſit. Quid enim convenientius, quam ut is, qui vult id quod plus eſt, etiam velit id quod minus eſt? Qui voluit dotem ſibi, finito poſt plures annos matrimonio, reſtitui, an ille eandem ſibi reſtitui velle non videbitur, ſi matrimonium prorſus ſecutum non ſit? Nihil in omni hac materiâ notius & uſitatius, ut *ad Tit. ff. Sol. matrim.* videre licet; Exempla addere promptum erat, ſi res exigeret, aut modus ſcribendi pateretur, infinitos Fabri logos æque prolixè perſequi.

3. Pergit; *Sed quod me magis movet, ut Triboniani manum agnoſcam, illud eſt, quod exceptionis loco ſubjicit; Niſi forte evidentiſſimis probationibus mulier oſtenderit, hoc eum feciſſe, ut ipſi mulieri magis quam ſibi proſpiceret*, cujuſmodi exceptiones Triboniano dicit eſſe familiariſſimas. *Sed dico, fieri non poſſe*, inquit, *ut in propoſitâ ſpecie, id eſt, cum extraneus pro muliere dotem dedit, hoc*

Digitized by Google

verà nihil deberem, quia per exceptionem, quod neſciebam, tueri me potuiſſem. Deinde repudium intervenit, & Sponſus dotem reddere cogitur: Utri? Sponſæ, an mihi? Quia pecunia, quam non debui, ad me pertinet, mihi datur condictio; niſi bene ſciverim, me nihil debere, tunc enim donaſſe eam videor mulieri, cui ſic actio datur. Quod ſi cum vere deberem, promiſerim, & non expectato nuptiarum eventu, ſolverim, quia non ſum liberatus à muliere, pro qua nihil revera, nuptiis non ſecutis, ſolvi, adhuc mihi datur condictio. Sed quia mulier ſuis Sponſalibus & ſuo rogatu cauſam dedit, ut ego ſolverem, contenta eſſe debet, ut ego ei cedam actionem meam, ad repetendam pecuniam. Quid eſt in hoc ultimo iniqui, ut à Fabro tam acerbè Triboniano cum falſi probro imputetur? Ait, Nervam & Atilicinum, & ex iis Julianum tractaſſe caſum, quo is, qui non erat debitor mulieris, pecuniam tamen pro eâ dotis nomine Sponſo promiſerat; *At contrarins plane & contradictorius eſt ille caſus, ſi promiſſor fuerit verus debitor*, inquit. Adeone verum non eſt, contrariorum eandem eſſe doctrinam, quod Dialectica docet, ut ſe mutuo non illuſtrent, aut ab uno ad alterum tranſiri non poſſit, quo nihil commodius & proclivius?

2. Faber; *Sed de hoc caſu, nihil tractaſſe Nervam & Attilicinum, ex eo apparet, quod verba illa*, ipſe poſſit condicere, *quibus ad propoſitam quæſtionem reſpondetur, non poſſunt conſtrui & regi ab illis præcedentibus*; Nerva, Atilicinus reſponderunt. *Scribendum enim erat*, ipſum poſſe condicere, *ut paulo ante*, ipſum repetiturum. *Item* mulieris eſſe actionem. Tribonianus ſcilicet, cum reliquis Digeſtoribus, nequidem latine, quod pueri tenent peregrini, conſtruere potuerunt! Quid ſi concedam, Nervam & Atilicium hunc caſum non tractaſſe; Julianum de ſuo illum addidiſſe, independenter à Nervæ & Atillicini dictis, unde me refellet Faber, niſi dictionis & ſtyli argumento, quod jam ſatagit? Primo *Sin autem*, eſſe Triboniannæum: non veterum: qui dicant abrupte, *Sin*, vel, *vero* Subtiliſſima Criſis! Tu vero, ſi tam naſutus es, Lege, *ſi autem*, quomodo mei omnes Pandectæ ad Florentinum, qui ipſe non eſt ad manum, expreſſi, etiam Charondas, habent. Faber. *Sed manum & inſcitiam Triboniani apertius illud detegit, quod ſubjicit*, Et ante nuptias ſolviſſet, & nuptiæ ſecutæ non fuiſſent. *Quomodo enim poteſt quis ſolviſſe ante vel poſt nuptias, quæ nunquam fuerit ſequutæ.* Hoc vero non poteſt ferri, quod *Faber* Pandectarum compoſitores, non modo Juris & grammaticæ imperitos, ſed etiam ut ſenſus & judicii communis expertes proſtituit. Quid eſt tritius & popularius, quam ejusmodi anticipationes? Quis *ante pubertatem* dici poſſe negabit, de puero, qui dein non attigit pubertatem? Legatarium *ante conditionem exiſtentem* mortuum; inſuper habito, extiterit deinceps an ſecus conditio? Sic *Ante nuptias*, ut nos in exponendo caſu *hujus* §. non expectato, quid de Nuptiis fieret: minus id quidem καταχρηστικῶς, quam primogenitum dici conſtat, quem nemo natus ſequitur. Reliqua Fabri adhuc inaniora transmitto, quale eſt, ad hæc verba textus. *Cauſâ debiti integrâ mulieri ad hoc ſolum manere, ut ad nihil aliud debitor compellatur, niſi ut cedat ei condictitiâ actione.* Inſulſa verborum multiplicatio, inquit, cum paucioribus verbis dicere poſſet, *ad hoc ſolum manente, ut cedat ei condictitia actione.* Imo qui veterum lectioni adſuetus

tus

Digitized by Google

quaquam. Eſt hoc igitur inter pauca Juris noſtri exempla rerum male judicatarum; quod ad Cenſuram Artis non pertinet, cum exceſſus ille tantum hic referatur, non laudetur.

Celſus Lib. III. Digeſtor.

Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares. Utrum id contractus genus proportione emtionis & venditionis eſt? an nulla hic alia obligatio eſt, quam ob rem dati, re non ſecuta, in quod proclivior ſum. & ideo, ſi mortuus eſt Stichus, repetere poſſum: quòd ideo tibi dedi, ut Stichum dares. finge alienum eſſe Stichum, ſed te tamen eum tradidiſſe: repetere à te pecuniam potero; quia hominem accipientis non feceris. & rurſus, ſi tuus eſt Stichus & pro evictione ejus, promittere non vis: non liberaberis, quo minùs à te pecuniam repetere poſſim. L. ult. d. Condict. cauſ. dat. C. non ſec.

1. Quid hoc rei? Dare pecuniam alteri, ut is mihi rem det, quid aliud eſt, quam Emptio Venditio? Quid igitur Celſus hic perplexatur, ut alium in hoc negotio contractum, & quidem innominatum, *Do ut Des*, unde Condictio hujus loci, quærat & comminiſcatur? Paulus contra teſtatur, ſi pecuniam dem, ut rem accipiam, eſſe emptionem Venditionem, quo nihil planius & ſimplicius *l.* 5. §. 1. *d. Præſcr. verb.* Accurſius, & omnes qui Celſum, ut hic eſt, accipiunt de permutatione ſive Contractu *Do ut Des*, pecuniam hic eſſe datam, non ut quantitatem & pretium, ſed ut corpus, intelligunt. Sed hoc aliis non minus doctis Viris diſplicet, quia *dicunt* pecunia, poſtquam percuſſa eſt forma publicâ, uſum ſui dominiumque non tam ex ſubſtantia, quàm ex quantitate præbet, ut Paulus inſit *in l.* 1. *d. Contrab. empt.* nec amplius utrumque, merx, ſed alterum, pretium appellatur. Gui accedit, quod Ulpianus ſcribit *in l.* 7. §. 1. *d. Contrab. empt.* tanquam in re certâ atque explorata, hujusmodi emptionem, *quanti tu emiſti*, *quantum pretii in arca habeo*, valere, nec incertum pretium eſſe, tam evidenti venditione: Quæ hoc loco æque ſit evidens, cum Celſus hic ita prorſus, ut Paulus de emptione Venditione, loquatur *in d. l.* 7. §. 1.

2. Ex iis tamen quæ ſequuntur, Speciem à Celſo in *h. l. ult.* tractatam ab ipſo non referri ad Venditionem, ſed ad Innominatum Contractum, *Do, ut des*, omnis ejus oratio dubitare non patitur. Nec tamen perſuadere ſibi poſſunt Viri Clariſſimi, talem contractum, Do tibi pecuniam, ut mihi des equum, non eſſe emptionem Venditionem. Nec fuiſſe tam ineptum Celſum, ut aliter autumare potuit. Quid ergo? Vir Cl. ingenioſa & eleganti conjecturâ, cenſet hunc locum male eſſe habitum à librariis. Scriptum fuiſſe à Celſo, *Dedi tibi pe. pe. ut mihi Stichum dares*, vel dedi tibi *peg. pec.* Utrumque idem valere, ut ex notis Veterum conſtet, ſignificans hoc; *Dedi tibi peregrinam pecuniam, ut mihi Stichum dares.* Sed imprudentiorem librarium arbitrantem, temere ſyllabam eſſe repetitam, ſcripſiſſe, duntaxat *pecuniam*, omiſſo verbo *peregrinam.* Atqui peregrina pecunia non tam ex quantitate, quam è ſubſtantiâ æſtimatur, imo etiam mercis loco habetur, ut de Victoriato nummo Illyrico, ante Legem Clodiam, teſtatur

ſtatur Plinius *in lib.* 33. *Hiſt. Nat. c.* 3. & de drachmâ, de tetradrachmo & omni peregrinâ pecuniâ Mæcianus *in l.* 17. *d. Jur. Patron.* Hæc ita Vir Cl. *in lib.* 4. *Probabil. c.* 4. tam eleganter, ut ſine voluptate legi non poſſint, & juris rationi eximie ſatisfiat.

3. Enim vero non habuiſſe Juris Conſultum in conſpectu ordinarium pecuniæ uſum, ſatis manifeſtum eſt, utpote ſecundum quem ſanus homo de genere contractus dubitare non poſſet. Si quis tamen, ut res eſt, ſine gravi causâ & inevitabili neceſſitate, à Lectione Florentinâ recedendum non putet; hujus Legis caſum ita ponat: Fortuitâ occaſione & cupiditate repentina mercis alicujus, ne in pretio hæreant, alter alterum provocat; hoc modo, *Pecuniam, quæ eſt in hoc ſacco, quam complexus ſum pugno, ut vides; hanc tibi do, ut tu mihi iſtum equum, illam rem des.* Acceptat alter, ignarus quantum ſit in ſacco, vel in pugno. Non eſt emptio Venditio, quæ pretium requirit certum. Nec eſſe rem inuſitatam, in Jure, pecuniam corporis habere rationem ſatis conſtat. Ita, ſi pecunia, quæ in arca eſt, legetur, ſpeciem, id eſt, corpus legari Ulpianus reſpondit *in l.* 30. §. *pen. d. Legat.* 1. Papinianus. *Si certos nummos, veluti quos in arca habet, legavit, non numerata pecunia, ſed ipſa corpora nummorum continentur, & exemplo cujuslibet corporis æſtimanda ſunt l.* 51. *d. tit.* Amplius, Africanus, *Si decem quæ in arca habeo,* legentur, corporis jure legatum putat æſtimandum eſſe *in l.* 108. §. 10. *d. t. de Legat.* 1. Qui ergo dat pecuniam, quæ in ſacco, quæ in pugno eſt, dat rem pro re, non pretium ſive quantitatem pecuniæ. Enimvero ſi apud Celſum hoc eſſet adjectum, *quæ in ſacco, in arca; in pugno eſt,* nihil ambigeretur: Sed caſum aliquem popularem, qualis hic eſt, Celſo in animo fuiſſe, res loquitur; cum ſi pecuniam, ut quantitatem pretii intellexiſſet, ſtultum fuiſſet, dubitare, qualis eſſet Contractus. Apparet, cum agere de caſu, qui non à conventione, ſicut emptio Venditio, ſed abruptè à dando inchoatus eſt. Quantitas pretii ſine prævià conventione concipi non poterat; quâ proinde non præmiſsâ, ne quantitatem quidem expreſſam fuiſſe conſentaneum eſt.

4. Denique, ad objectiones removendas habendum eſt ita; Cum Paulus in *l.* 5. §. 1. *d. Præſcr. verb.* emptionem Venditionem ſcribit eſſe contractam, *ſi quis pecuniam det, ut rem accipiat,* apparet eum de ordinario concurſu emptoris & venditoris loqui, de quo Celſus, ſi fuit JurisConſultus, imo ſi homo fuit, dubitare non potuit. Habemus ſcripta Veterum in Pandectis excerpta & abrupta ex aliis integris eorum libris; Si haberemus Digeſta Celſi, unde *lex ultima* deſumpta eſt, è prioribus haud dubie lux adfulſiſſet, quam nunc, illato lumine; quærere oportet. Quod magis eſt, quando id actum eſt, ut res *venderetur* eo pretio, quod in arca quis habet, emptionem venditionem eſſe dicemus; perinde eſt, ac ſi res *venderetur,* quanti venditor illam prius emit, vel quanti Tertius arbitratus fuerit, *l.* 7. §. 2. *d. Contrab. empt.* Primo, quia contrahentes *ibi* expreſſerunt animum emendi vendendi; Rurſus, quia non inceperunt à dando, ut *in hac L. ult.* ſed à conventione dandi, quod tunc quidem erat incertum, verum antequam daretur, certum erat futurum. Ita nec Ulpianus *in d. l.* 7. §. 1. diſſenſerit à Celſo in hac *L. ult.* Alias, quominus *in hac L.* ſit permutatio, ratiun-

Digitized by Google

tiunculas removet D. Wiſſembach *ad h. Tit. n.* 5. Ac ita nos in eo quidem ſubſiſtimus, ut nihil ſit mutandum in Lectione Florentinâ, nec quicquam ſit Antinomiæ, vel Eunomiæ contrarium.

Ulpianus Lib. XVI. ad Edict.

Sed & quod Meretrici datur, repeti non poteſt, ut Labeo & Marcellus ſcribunt, ſed novâ ratione; non eâ, quod utriuſque turpitudo verſatur, ſed ſolius dantis: Illam enim turpiter facere, quod ſit meretrix, ſed non turpiter accipere, cum ſit Meretrix l. 4. §. 1. d. Condict. ob turp. vel injuſt. cauſ.

1. Cenſura; *Vanam illam & futilem eſſe rationem Ulpiani, oſtendit acerrimi judicii Vir Franciſcus Sarmientus*, Hiſpanus, 6 *ſelect. interpr.* 8. ſunt verba D. Wiſſembachii *ad h. T. n.* 8. Non deſunt tamen Ulpiano Patroni, ne quidem ex Theologis, ut Sarmientus adfirmat, Pontificiis; qui non modo retentionem, ſed & actionem meretrici, ad petendum, quod ei promiſſum eſt, concedunt; eo quod materia conſuetudinis, quæ eſt uſus corporis, ſit vendibilis, *ut refert*, teſte *ibidem* Sarmiento, *D. Epiſcopus Segobienſis in regulâ, Peccatum, in* 2. *part. Prælection. in* §. 2. *col.* 1. *& ſequ.* Quin nec Grotius noſter ab hac ſententiâ videtur alienus *in lib.* 2. *cap.* 11. *n.* 9. *de jure B. & P.* ubi docet, *Promiſſionem vitioſam velut ob homicidium, in ſe quidem eſſe malam, & manere talem, quamdiu non eſt perpetratum crimen: tamdiu enim ipſa promiſſio, ut mali illex, habens in ſe habet quæ ceſſare incipit, peracto crimine: Unde ſequitur, uſque ad tempus, promiſſionis talis efficaciam eſſe in pendenti, crimine verò perpetrato, jam promiſſionis vim exſeri, quæ ab initio non intrinſecus defuit, ſed ab accedente vitio fuit impedita. Et hujus rei exemplum afferri poteſt in Judâ Jacobi filio, qui Thamari, quam meretricem putabat, promiſſam mercedem, tanquam debitam perſolvit.*

2. Secundum hæc abſolutus eſt Ulpianus, non illis è trivio dictis, *Ne ſis parum leno*, Terentius. Aut illo Ciceronis: *Qui ſemel impudentiæ fines tranſgreſſus eſt, eum graviter oportet eſſe impudentem, Epiſt. ad Lucceium*, Quid aliud faciet meretrix profeſſa, quam *mereri*? Sed ex penitiore philoſophiâ, ut apparet. Ne Faber quidem Antonius heic deſiderat quicquam, & Autumni Cenſura ceſſat in hoc articulo, & imitatoris ejus Belgæ. Sarmientus contrà diſputat, dationem à cauſa non poſſe ſejungi, *ut ſi Aſſaſino ob homicidium pecuniam des*, inquit. Diſtinguere debuit Sarmientus ſcilicet dationem, ob homicidium peractum, & peragendum; hanc illicitam eſſe, docet Grotius; ob peractum non æquè; cum hic tantum ſit fidei datæ implementum, præterita jam turpitudine; naturaliter ſcilicet; nam Jure Civili juſtam eſſe cauſam, negandi ex hoc capite actionem, non negat, quo pertinet textus Sarmiento laudatus *in l. illud d. Manum Vind.* quod nemo de improbitate ſuâ conſequatur actionem, neque de lupanari ad tribunal hæ ſpurcitiæ ſint avocandæ. Rem igitur non bene tetigit, ut videtur, Sarmientus, ſi Grotio credimus & Canoniſtis cum Epiſcopo Segobienſi.

3. Plane, collocata ab Ulpiano poſitio ſeorſim à ratione quam reddit, conſiderata rectiſſime ſe habet: Juvenem quod meretrici dedit, repetere non poſ-

Digitized by Google

ſe, quia turpiter dedit, nec è turpitudine ſua actionem habere debet. Melius quam Grotius, qui juvenem repetere poſſe negaret, quia teneretur etiam ad ſolvendum, ut Juda ſe Thamari agnovit obligatum; unde Græci olim meretricibus actionem dediſſe videntur, ut indicat hiſtoria meretricis, quæ juvenem Promiſſi ob noctem reum, cum imaginatus illam καὶ σβέσας τὴν ἀδονάν, in ſomnio; ſolvere nollet, impetravit judicatum, ut pecuniæ viſu & tinnitu imaginarie *ille* ſatisfieret. Hæc facilitas procul abeſt à Romanis; Danti omnis actio præcluditur, quia turpitudinem dando commiſit. Agnoſcit igitur meretriciam turpitudinem Ulpianus, & in viro & in feminâ; Sed turpitudinem feminæ claudit in profeſſione primâ apud Ædiles factâ, per quam exuit pudorem; Admiſſas ad ejusmodi turpe victus exercitium, negat amplius facere turpiter, quod convenienter ſuæ profeſſioni vivunt & agunt. Marcellus & Labeo tamen ita putabant, meretricem adhuc facere turpiter accipiendo; quibus, ut videtur, Ulpianus ſubtilior videri voluit. Inſubtilior tamen Grotio, & quem is citat, Cajetano, vel Epiſcopo Segobienſi, aut Theologis & Canoniſtis, quos laudat Sarmientus: qui hoc modo tradebant; Thamarem quidem feciſſe turpiter, ſubeundo ſtuprum; non feciſſe turpiter, exigendo mercedem promiſſam, quæ laudatur hoc hoc nomine à Juda, exactoris juſtitiæ, quam ipſe præſtitiſſet *Geneſ.* 38. *v.* 26. Quid ergo? Marcelli & Labeonis, an Grotii cum ſuis ὁμοψήφοις ſententiam ſequemur? nam ſi hæc ſit bona, de Ulpiano nihil opus eſt, laboremus. Mihi nec Grotii & Cajetani ſententia probatur, nec à Labeone Veteribuſque diſſentio, nec tamen omnem Ulpiano defenſionis viam præcluſero.

4. Quod Juris auctores tradunt, E contractu turpi nullam penitus actionem eſſe dandam §. 23. *I. de Inutil. ſtipul. l.* 26. *& ſeqq. l.* 123. *d. V. O.* ex intimo Jure Naturæ depromptum videtur; quo talis promiſſio inde ab initio nullius momenti habenda eſt, non minus certe quam Jure Civili habetur *dd. l.* Quod nec aliunde, quàm ab ipſo naturali pudore, & eo quod intereſt humani generis, non ex civili ratione petitum ac uſu Fori receptum eſt. Nec videtur eſſe verum, quod Grotius ait, peracto crimine, ceſſare turpitudinem. Qui enim urget eam ad actionis efficaciam, ejuſque fructu gaudere cupit, non eſt adhuc expers turpitudinis, quam præ ſe fert, unde jus ſibi quæſitum eſſe contendit. Sed an is, qui exigere non poteſt, quia tamen promiſit, ex animi ſui conſcientiâ tenebitur ad ſolvendum? ut ſequi videtur, ex eo quod illi crimine peracto ceſſare turpitudinem volunt? Non eſt dubium equidem, quin in hoc inſiſt in Grotii verbis: Ait enim peracto crimine, promiſſionem ſuam vim adipiſci & exercere, quæ vis eſt agendi petendique facultas. Sed ego ad exemplum Thamaris & Judæ, quod eſt ſecundum literam *in d. cap.* XXXVIII. *Geneſios* ita dixerim; Fuit ſane Judas paratus ad ſolvendam mercedem, non quod ſe jure putaret obligatum; ſed ut pignus ſuum redimeret *v* 20. item perverſæ generoſitatis & fidei in re malâ ſervandæ prætextu, ne res ſibi probro imputaretur, & in contemptum verteret, ut ipſe indicat Adullamo *v.* 23. Quemadmodum inter eos, qui veris rerum nominibus amiſſis, qualitates virtutum ad ipſa vitia transferunt, fieri ac æſtimari ſolet, nec à Judâ, utcunque patriarcha, in illa [illegible] alienum videri potuit.

5. Di-

5. Dicamus igitur, jure naturali non magis quam Civili, turpia facta poſt ſe relinquere juris & actionis effectum. Meretricem non habere actionem petendæ mercedis; etſi nec quod datum eſt illi, à dante repeti poteſt; non quia meretrix aliquid juris habeat, ſed quia nullum jus eſt ejus qui dedit, & ſic res noniſi in loco ſuo manere poteſt. An autem meretrix, profeſſa nomen ſuum apud Ædiles, adhuc facit turpiter in ſingulis actibus, accipiendo pecuniam, cujus gratiâ vitam hanc elegit? Diſtinguimus, inter naturalem & civilem turpitudinis reputationem. Jure naturali non eſt dubium, quin toties peccet & turpiter faciat, quoties ſtupri cauſa ſe proſtituit, idque Labeo & Marcellus conſiderarunt. Sed Ulpianus *civilem* æſtimationem ejus temporis, quo meretrices profeſſæ tolerabantur, conſiderat: Ideoque juris effectus idcirco illis præcludi non poterant. Turpitudinem alioqui ſingulis ineſſe actibus, indicat eo, quod Virum turpiter agere adfirmat & civiliter & naturaliter; Mulier Jure Naturæ ſolo, non æque civili Jure identidem peccabat; civilis experti turpitudinis quid ni civilem demus actionem? Ita vel nulla, vel admodum exigua Ulpiani culpa relinquitur. Si quis putet, ejus diſtinctionem non eſſe tanti, ut propterea Novitatem ſuam graviori Veterum ſententiæ præferendam putaret, quæ fuit ἐπίκρισις noſtra *in Prælect. ad h. t.* ne adhuc quidem refragabimur; Etſi poteſt defendi contra Sarmientum, qui tantum de turpitudine meri juris naturæ loquitur. Adde ſis D. Joh. Andr. vander Meulen, *de Foro poli part* 3 *Qu.* 4.

Paulus Lib. v. ad Plautium.

Si veſtimenta utenda tibi commendavero, deinde pretium, ut reciperem, dediſſem: condictione me rectè acturum, reſponſum eſt. Quamvis enim propter rem datum ſit, & cauſa ſecuta ſit: tamen turpiter datum eſt. Si rem locatam tibi, vel venditam à te, vel mandatam ut redderes, pecuniam acceperis: habebo tecum ex locato, vel vendito, vel mandati actionem. Quòd ſi, ut id, quod ex teſtamento, vel ex ſtipulatu debebas, redderes mihi, pecuniam tibi dederit: condictio dumtaxat pecuniæ eo nomine erit. Idque & Pomponius ſcribit. L. ult. d. Condict. ob turp. vel injuſt. cauſ.

1. Hunc locum Cenſores Gallus & Belga reprehendunt; Non eſſe juſtam repetendi cauſam ab eo, qui pecuniam accepit, ut rem debitam Creditori Dominove ſuo reſtitueret. Rationes Autumni ſunt variæ. I. Quod qui beneficium commodando, in aliquem contulit, poteſt addere pecuniam, quemadmodum Dominus rei furto ablatæ, ſi illam furi leget, heres eam condicere non poteſt *l.* 10. §. *ult. d. Condict. furt.* II. Etſi nulla ſit quæſtio, tamen propter metum litis pecunia data repeti non poteſt *l.* 2. *C. de Tranſact.* III Nihil eſt cauſæ, cur non hæc pecunia donata videatur, cum nullo jure cogente data ſit *l* 29. *d. Donat.* & affectionis cauſâ *l.* 5. *eod.* IV. Cujus per errorem dati repetitio eſt, ejus conſulto dati donatio eſt, ait ipſe Paulus in *l.* 54 *d. R. J.* & qui ſciens non debitum ſolvit, repetere non poteſt *l.* 1. *d. Condict. Indeb* V. Non eſt hæc cauſa turpis, ut veſtimenta reſtituantur, aut ut id quod è teſtamento vel

Digitized by Google

ſtipulatu debetur, id ſolvatur; nihil eſt quam datio ob cauſam, quæ ſequuta eſt, de quâ proinde non datur condictio.

2. Ad ultimum primo reſpondebimus, quo facilius reliqua cedant. Qui animum inducere noluit, ad faciendum quod boni mores, data fides & ſacra legum reverentia dictant, ut quod commmodatum, locatum, depoſitum eſt reddat, aliâve ex cauſa liquido debetur, ſolvat; quique ad hoc, pecuniâ data permovendus & adducendus fuit, is rem facit inliberalem, ſordidam & turpem: Ex quâ proinde, ſi non detur condictio cauſâ, datâ, cauſâ non ſecutâ; negari tamen non poſſit hujus loci condictio, ex turpi cauſa.

2. Nec objici poteſt regula Juris, non eſſe repetitionem ejus quod à ſciente non debitum eſt ſolutum; Ceſſat enim merito hæc regula, in datione, quæ fit ex turpi causâ, ſi nulla quidem dantis turpitudo ſit; Etſi enim bene gnarus, ſe non teneri ad dandum, nihilominus dederit, ut vexationem redimeret, hoc caſu maxime locum habet hujus loci condictio, quod & Ulpianus ſcripſit *in l.* 2. §. 1. *h. t.* Si tibi dedero, ut rem mihi reddas depoſitam apud te, vel ut inſtrumentum mihi reſtituas, hæc condictio datur. Denique, perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem; id quod ex injuſta cauſâ apud aliquem ſit, poſſe condici, in qua ſententia etiam Celſus eſt, ut ſcribit idem Ulpianus *in l. 6. h. t.* Nulla cauſa igitur eſt, dicendi, pecuniam illam donandi animo fuiſſe datam; utpote nullo jure cogente, ſolutam: Non agitur enim de neceſſitate Juris, quæ nunquam in datione factâ per accipientis turpitudinem, intercedit. Nec enim quisquam ad dandum, quod turpiter accipitur; unquam tenetur. Et ſi qua fuerit nimia dantis facilitas, quod re ſua tamdiu carere non poſſit; dum lis finiatur, accipientis turpitudo vincit hanc qualemcunque dantis imprudentiam aut litium fugam. In condictione cauſa dati, causâ non ſequuta, repetitio datur ex pœnitentiâ, ubi nulla vertitur alterius turpitudo: Quanto magis in manifeſtâ turpitudine accipientis? Sic ad omnia reſponſum eſt, etiam ad primum; Supereſt argumentum *Legis* 2. *C. de Tranſact.* ubi, pecunia transactionis causa data, licet nulla fuerit quæſtio, non modo repeti non poteſt, ſed etiam non ſoluta, perſolvenda eſt. Dic, eſſe manifeſtum diſcrimen, dationis in ſpecie hujus Legis, & Transactionis; Quod hic eſt datum, non tranſigendi cauſa de re incerta, ſed recuperandi rem indubitatè ſuam datum eſt. In *l.* 2. objecta, Tranſigendi animus fuit expreſſus; In noſtra *Lege ult.* non modo non ita, ſed nec ibi res eſt dubia, qualis in transactione ſemper eſt *l.* 1. *d. Tranſact.* Autumnus inſtat; Ne quidem *in l.* 2. rem indubiam vel incertam fuiſſe; quia nulla *fuit quæſtio.* Sed dic, ibi Quæſtionem, eſſe litem in judicio motam, ut *in l.* 1. §. 3. *Ne de ſtat. defunct*; ubi, *ſi cœpta quæſtio fuit.* Talis ad Transactionem quidem non requiritur; ſed extrajudicialis ſaltem diſputatio & controverſia, abeſſe non poteſt. Nam ſine omni Quæſtione, & incertitudine Transactio non habet intellectum. Ergo & materiæ & contrahentium animi diverſitas, vim tollit omnem conſecutionis in argumento & Cenſura Autumni.

Juſti-

Digitized by Google

Juſtinianus Auguſtus

Heres quoque legatorum nomine non propriè ex contractu obligatus intelligitur: (neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius geſſiſſe propriè dici poteſt) & tamen quia ex maleficio non eſt obligatus: quaſi ex contractu debere intelligitur. §. VI. *Inſt. de Oblig. è Qu. contr.*

1. Bachovius; Inſubtiliter ſane dicitur, *inquit*, ſi verum dicere volumus, à Juſtiniano in §. *item is* 6. *I. de Obl. ex qu. contr.* quod Indebiti condictio magis ſit ex diſtractu. Neque enim ex eo quod expreſsè agitur, ſed ex tacito conſenſu naſcitur hæc actio & verò ex diſtractu naſci actionem abſurdiſſimum ſit, quod non ſatis expendit Tribonianus. Hæc ille ad *τὰ πρῶτα tit. de Pact. cap. de convent. tac. & ad d.* §. 6. Sed male Bachovius exemplo Fabriano, quod procul habere debuit in Tribonianum rejicit, quod is habet ex accurato Juris auctore Cajo, qui ſic loquitur in *l.* 5. §. 3. *d. O. & A. Is quoque qui non debitum accipit per errorem ſolventis, obligatur quidem quaſi ex mutui datione, & eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus, ſed non poteſt intelligi is, qui ex ea cauſa tenetur, ex contractu obligatus eſſe. Qui enim ſolvit per errorem, magis diſtrahendæ obligationis animo, quàm contrahendæ dare videtur.* Nimis eſt ſubtile, quod eſt Bachovii vitium, inſubtilitatis & abſurditatis arguere, quod in re ipſâ nihil à veritate juriſque ratione alienum continet, imo nec quicquam ab ipſâ Bachovii interpretatione remotum. Quid enim eſt in tacito conſenſu, quem ille condictionem Indebiti producere tradit? Quod partes id egiſſe videantur, ut ſi deinde conſtat, non deberi quod ſolvitur, ſolutum reſtituatur: hoc eſt, uti, quod nunc agitur, retractetur. Intentio tacita retractationis ſive diſtractionis eſt cauſa quaſi contractus, unde Condictio indebiti naſcitur. Quid concinnius ad ipſius Bachovii diſceptationem & ineptias ad Cenſuram proferri poſſit, quis dixerit?

Ulpianus Lib. XVI. ad Sabin.

Si quid ex teſtamento ſolutum ſit, quod poſtea falſum, vel inofficioſum, vel irritum, vel ruptum apparuerit, repetetur: vel ſi poſt multum temporis emerſerit æs alienum: vel codicilli diu celati, prolati qui ademptionem continent legatorum ſolutorum; vel deminutionem per hoc, quia aliis quoque legata relicta ſunt. Nam Divus Hadrianus circa inofficioſum, & falſum teſtamentum reſcripſit, actionem dandam ei, ſecundum quem de hereditate judicatum eſt. l. 2. §. 1. *d. Condict. Indeb.*

1. Cenſura hic eſt, adverſus eam partem legis, quâ id quod ſolutum eſt è teſtamento, quod irritum vel ruptum fuerit, ob defectum Juris ſolemnitatum, repeti poſſe dicitur. Nam ſi teſtamentum reperiatur falſum, nulla cauſa eſt cur ſolutum non repetatur; quia non fuit voluntas defuncti, ut ſolveretur. At ſi ratione ſolennitatum vel requiſitorum Juris Civilis irritum & vitioſum ſit Teſtamentum, voluntas autem defuncti ſit evidens, ad hoc, ut legatum ſolveretur

retur, res incidit in locum communem à nobis fuſe tractatum *in part.* 12 *Digreſſ. lib.* 4. *cap.* 34. *& ſeqq.* item *in lib.* 3 *de Jure. Civit. ſect.* 1. *c.* 3. Ameſius & cum eo plures alii ſtatuunt, in foro conſcientiæ, dominium transferri per teſtamentum non ſolenne, quando ſcilicet de voluntate Teſtatoris conſtat, adeò, ut tum ceſſet vis Juris Civilis. Nec is, in cujus favorem Lex irritum facit talem actum, ſalva conſcientiâ, contra eundem agere poteſt coràm judice, aut petere, ut declaretur irritus aut nullus, ſi conſtet ipſi de veritate. Perinde ſolutum multo minus, ut hic, condicere poteſt, *lib.* 5. *de Conſcient cap.* 1. *n.* 13. 18. Secundum hanc ſententiam reſcriptum videtur ab Antonino Imperatore *in l.* 2. *C. de Fideicomm. Etſi inutiliter fideicommiſſum relictum ſit, tamen, ſi heredes, compertâ voluntate defuncti, prædia ex causâ fideicomiſſi avo tuo præſtiterunt, fruſtra heredibus ejus, eâ de re quæſtio tibi movetur; cum non ex eâ ſola ſcripturâ, ſed ex* CONSCIENTIA *relicti fideicommiſſi, defuncti voluntati ſatisfactum eſſe videatur:* cujus textus in prioribus locis mentionem fieri non contigit.

2. Hac autem de re ſic habendum: Qui ſolvit legatum in teſtamento jure civili vitioſo relictum, vel per juris errorem, vel ideo quod voluntatem defuncti implere vellet, hic ſolutum repetere non poteſt, nec ejus heredes poſſunt. Nam ſi, non obſtante vitio, defuncti voluntatem implere voluerit heres, quod ſponte fecit, nullo modo retractare poteſt. *l.* 62. *h. t.* Id autem in ſpecie legis objectæ uſu veniſſe, *Conſcientiæ* vocabulum indicat. Nec quidem, ſi per juris errorem putans valere teſtamentum, ſolverit, repetitio datur. *l.* 2 §. 3. *d. Jur. & fact. ignor.* Sed in noſtra *l.* 2. citra valorem teſtamenti ponendus eſt error facti, cum neſciret heres de facto quod taſtamentum eſſet falſum, inofficioſum, aut irritum factum; quæ vitia pendent à factis non apparentibus in teſtamento. Nam in vitiis ſolennitatum viſibilibus, præſumptio in diverſum inclinaret. Quando igitur ex poſt facto vitium teſtamenti detegitur, ſolutum eâdem ratione condici poteſt, quâ prius ſolutio negari potuit. Sed non potuiſſet, ſalva pietate animique conſcientiâ, dicit Ameſius, & qui cum eo ſtant Viri graves, & docti. Nobis contra ſedet, ex eo quod ſæpe nobis ſervit, principio; Leges circa diſpoſitionem patrimonialem, in univerſum ratione probabili ſubnixas obligare conſcientias civium; etſi nonnullis aliquid damni exinde, ſine ſua culpa, inferri contingat: cum ex auctoritate divina, quæ Poteſtatibus earumque juſſis parere dictat, οὐ μόνον διὰ τὴν ὀργὴν, ἀλλὰ καὶ διὰ τὴν συνείδησιν, *non modo propter iram, ſed etiam propter conſcientiam*; tum quia lex eſt Sponſio civium, in quam vel ab initio vel cum civitati aggregati ſunt, tacite ſaltem, conſenſerunt. Valet autem ejusmodi conſenſus, quo ſinguli ſe periculo damni, quod ex *Lege* publice utili & recepta, ſubmittunt, neque poſtea de eventu illos queri poſſe, ratio manifeſta dictat. Adeò, ut is potius qui Legi receptæ ſe opponit, conſcientiam ſollicitare videatur. Ad objectiones Ameſii & aliorum copioſe reſpondimus *in locis citatis*, Adde, ſi placet, D. Joh. Andr. vander Meulen *in part.* 3. *de Jur. Poli Qu.* 24. 25. 26.

Pom-

Pomponius Lib. xxII. ad Sabinum.

Quamvis debitum ſibi quis recipiat: tamen ſi is, qui dat, non debitum dat, repetitio competit. Veluti ſi is, qui heredem ſe, vel bonorum poſſorem falsò exiſtimans, creditori hereditario ſolverit: hic enim neque verus heres liberatus erit, & is, quod dedit, repetere poterit. Quamvis enim debitum ſibi quis recipiat: tamen ſi is, qui dat, non debitum dat, repetitio competit. l. 19. §. 1. d. Condict. Indeb.

1. Autumnus; Contraria ſententia probabilior eſt, & vera mihi videtur, & congruit cum eo quod Paulus ait, *in L. Repetitio* 44. *h. t. Repetitio*, inquit, *nulla eſt ab eo, qui ſuum recepit, tametſi ab aliò, quàm à vero debitore ſolutum eſt.* Imperator Antoninus etiam reſcripſit Poſthumianæ in *l. 5. C. de petit. hered. Solutum ab eo, qui falsò ſe heredem vel bonorum poſſeſſorem exiſtimabat, repeti non poſſe. Ita Autumnus.* Quod ad Eunomiam attinet, facile tuemur æquitatem hujus loci: Ut is qui errore facti ſolvit tibi, quod alius tibi vere debebat, ab ſe indebite ſolutum repetere poſſit: Nititur enim hæc Condictio tacito partium conſenſu, ut, ſi conſtiterit, ſolventem nihil debere, pecunia reſtituatur: quod ipſa res & ſolventis innocentia poſtulat, maxime, cum id ſine creditoris, ſalvum jus contrà ſuum debitorem habentis, injuriâ fiat. Antinomia cum *l.* 44. plus habet difficultatis; quæ etſi propriè non ſit hujus loci, non poteſt tamen occurrens omitti. Vulgaris eſt ſolutio, per diſtinctionem Accurſio & Bartolo uſurpatam; Dari condictionem, ſi quis ſuo nomine quod alius debebat, ſolverit; ſecus ſi nomine veri debitoris aut hereditatis. Hæc diſtinctio rem ponit extra omne dubium, ſi modo vera ſit; Ex hac *Lege* 19. §. 1. *d. l.* 44. & *l.* 5. non poteſt colligi; etſi nihil ſit etiam in illis, quo refutetur. Sed habetur *in l.* 31. *in pr. d. Hered. petit.* verbis, *Finge enim eum, dum ſe heredem putat, ſolviſſe ſuo nomine.* Quominus inde in hunc locum transferatur articulus ille diſtinctionis, & huic Quæſtioni applicetur, nihil eſt quod prohibeat, quod ſuadet Eunomiæ & Antinomiæ causâ, ſatis eſſe videtur; ut Cenſuram amovere liceat probabiliter.

Ulpianus Lib. xvI. ad Edict.

Si non ſortem quis, ſed uſuras indebitas ſolvit, repetere non poterit, ſi ſortis debitæ ſolvit. Sed ſi ſuprà legitimum modum ſolvit, Divus Severus reſcripſit, quo jure utimur, repeti quidem non poſſe, ſed ſorti imputandum: Et ſi poſtea ſortem ſolverit, quaſi indebitam repeti poſſe. Proinde & ſi ante ſors fuerit ſoluta, uſuræ ſupra legitimum modum ſolutæ quaſi ſors indebita repetuntur. Quid ſi ſimul ſolverit; poterit dici, & tunc repetitionem locum habere l. 26. in pr. d. Condict. Indeb.

1. Iniqua bonis Viris debitoribus, æqua nimis poſitio fœneratoribus! poſitio, inquam prima, uſuras indebitas ſortis debitæ repeti non poſſe. Adeone favorabile fœnus eſt, ut de regulâ condictionis indebiti, cujus æquitas naturalis eſt, excipienda fuerit? Quid eſt cauſæ, quod uſura non debita, per errorem ſoluta, con-

condici nequeat? Hæccene, quod ſors erat debita ? Nunquid ergo, ſors ſine uſuris eſſe non poteſt? Adeone jam non ſolummodo licitum eſt fœnus, de quo merito divini & humani JurisConſulti ambigunt, ſed etiam neceſſarium? Cenſura gravis! quam Veteres Pandectarum editores non ſuſtinentes, ita vulgatam poſuere lectionem , pro, *ſortis debitæ* , ut eſt Florentiæ, *ſorti debitas*, ſed inepte & ſine ſenſu : quo enim reſpectu uſuræ fuerint indebitæ, ſi debitæ ſorti? Antonius Faber *ad h. l.* defenſionem hujus loci petit ab ipsâ Æquitate Obligationis Naturalis, ad ἀντίδωρα, ſive remunerandum, de quâ eſt *in l.* 25. §. 11 *d. Hered. Pet.* Quaſi debitor , qui habet uſum pecuniæ gratuitum, nataraliter ad uſuras, remunerandi creditoris gratiâ , teneri videatur. Sed primò, hæc ad remunerandum obligatio eſt tantum probabilis & arbitraria , non pertinet ad expletricem juſtitiam, nec ullum in Jure Civili effectus habet; tota generoſitati & arbitrio ejus, qui beneficium accepit committitur, *in d.* §. 11. Non poteſt igitur impedire condictionem indebiti; ſiquidem is effectus juris notabilis foret. Præterea; pro pecunia mutuo data uſuras deberi, tantum abeſt , ut jus naturale, vel grati animi dictet officium, propius ut à corruptione contractus benefici abiit uſurarum ſolutio; quas ipſum Jus Civile prohibet in Contractibus ubi per ſe non debentur, niſi in expreſſam deductas ſtipulationem. Rationes, quibus multi Viri graviſſimi dant operam , ut omnem uſuram probent eſſe illicitam, ſi iſtud non efficiunt, ut certe illuc eniti non poſſunt, ut Uſura plane nefaria ſit, hoc tamen facile conſequuntur; ut ne prætextu gratitudinis, obligationem Juris naturæ comminiſcamur, quæ prohibeat eum, qui non debet uſuras, erroneè ſolutas repetere; quod de quolibet alio debito fieri, naturalis æquitas efficaciſſime dictat. An verò ſorti ſaltem imputandum, quod uſuræ causâ indebitè ſolutum eſt, ut hîc adfirmatur de eo, quod ſupra Legitimum uſuræ modum fuit ſolutum? Haud abs re ſic aliquis putet , quia hoc etiam condici poſſe negatur, & tamen imputatur ſorti. Nec quod plane non debetur, pejoris oportet eſſe conditionis, quam in genere quidem ſuo debetur , verum tamen modum legis excedit. Sed non patitur ita nos ſtatuere, poſitio ſimplex & clara; Uſuras indebitas ſortis debitæ repeti non poſſe. Ut in ſortem imputari queant, opus eſt textu, qui hic deficit: Et eſt ratio diverſitatis; quod prohibitio legis expreſſa ſolutionem ipſo jure nullam reddit. Talis autem prohibitio Legis non eſt de uſuris indebite ſolutis; quia cauſa indebiti, magis eſt facti, quod promiſſæ non ſint, quam Juris, quia promitti potuerunt. Quid igitur? Ergo non à Jure Naturæ, ſed à Civili & uſu populorum, hujus doctrinæ cauſam puto arceſſendam. Mutuum ſuâ naturâ contractus eſt beneficus, & uſurarum præſtatio, ſicut ubique rationi naturali non repugnat, eſt tamen univerſa juris poſitivi, Εὕρημα βίου καὶ χρόνου, *Inventio temporis & uſus*, & ancipitis obſervantiæ inſtitutum à pleriſque receptum, multis olim cane pejus & angue exoſum, ſemper Hebræis, diu Romanis. Sed tandem perrupit, in tantum, ut nemo notabilem pecuniæ ſummam alteri ſine uſuris facile prororget. Unde, ſi quis ſortis verè debitæ ſolverit uſuras, ex uſu recepto & tacito conſenſu , quem res ipſa ferat, illas ſolviſſe videtur: Ut ne quidem, errore probato, viſum fuerit dare condictionem, ex causâ, de qua juſtam querendi cauſam, qui ſolvit, ha-

bere.

Digitized by Google

bere non videatur. Nec eſſe creditur in dolo aut indebiti accepti cauſa, qui accepit, quod homines communiter ſortibus accedere creditis intelligunt ac interpretantur. Prope enim eſt, ut vulgo putent, iniquum eſſe, pecuniis alienis ſine mercede, gratis uti.

Paulus Lib. XXXII. ad Edictum.

Judex ſi male abſolvit, & abſolutus ſua ſponte ſolverit, repetere non poteſt L. 28. d. Condict. Indeb.

1. Diſſentit à Paulo Groenewegius *ad h. l.* nec dubitat, quin moribus hodiernis hæc ſententia non obtineat; non quod æquitati naturali repugnet; hæc enim eſt pro Paulo; cum Judex, abſolvendo verum debitorem, æquitatis Legem violaverit, & ſolvendo quod debetur, res ſit in ſitu naturali, quem moveri non oportet. Sed ratio publici juris & connexio poſitionum Artis repugnant, quæ major eſt difficultas quam primo intuitu videtur. Res enim judicata pro veritate habetur *l. 19. d Stat. hom. l. 207. d. R. J.* Idque moribus noſtris validius obtinere Cenſor adfirmat, *ut ſententiæ quamvis iniquæ & ipſo jure nullæ, judicati auctoritatem obtineant, niſi per appellationem aut alio legitimo modo reſcindantur.* Largius quàm par eſt loquitur; Quippe contra ſententias, quæ ipſo jure nullæ ſunt, Querela Nullitatis quæ eſt perpetua, hodiernis moribus ſublata non eſt, *Gail.* 1. *obſ.* 127. ſed quæ nonniſi per appellationem reſcinduntur, hæ fatalibus elapſis, ſine diſcrimine æquitatis, aut iniquitatis ſunt inretractabiles, & juſta cauſa debiti eſt, quæ re judicata nititur, *d. l. 19. d. l. 207.* Accedit argum. *l. 26. §. 3. h. t.* ubi Ulpianus ita ſcribit; *Indebitum ſolutum accipimus, non ſolum, ſi omnino non debeatur, ſed &, ſi per exceptionem perpetuam peti non poterat, quare hoc quoque repeti poterit.* Quæ autem eſt validior exceptio perpetua, quam rei judicatæ *tot. tit. de Except. rei jud.*?

2. Quid ergo? Reſpondendi medium ſuggerere videtur Ulpianus idem in *d. l.* 28, addens; *niſi ſciens, ſe tutum exceptione, ſolvit.* Hic autem textus non dicit, ſciens an ignorans, ſe abſolutum, debitor ſolverit; Ergo dicamus, ſcientem ſolviſſe, verbis *ſua Sponte*, quo caſu proculdubio non datur condictio *l. 1. in fin. h. t.* Sed Groenewegius occupavit hanc objectionem, poſito, debitorem ſolviſſe per imprudentiam ſive errorem. Quod etſi non habetur in textu, & verba, *ſua ſponte*, diverſum indicare videntur, negare tamen non auſim; quia per omnem *hunc tit.* ubi de condictione indebiti agitur, ſolutum per errorem & quidem facti imprimis, ſupponitur *d. l 4. & paſſ. h. t. l. 10. C. eod.* Idem colligi poteſt, ex *l. 60. in pr. h. t.* Ubi Paulus idem, qui eſt auctor *hujus l. 28.* docet debitorem verum, ſive abſolutum ſive condemnatum, ſi ſolverit, non poſſe condicere, *quia naturâ tamen debitor permanet.* Quâ nihil opus erat ratione, ſi quidem ſciens prudens ſolviſſet, neque minus illa ratio convenit ignoranti, quàm ſcienti. Verba igitur *Sponte ſolverit,* intelligantur oppoſito ſenſu ad vim exactionis. Teneamus igitur hanc rationem; quod verus debitor abſolutus, ſolutum non condicat, quia naturalis obligatio impedit condictionem

Indebiti *l.* 33. §. 1. *h.* Magis enim naturalis quam civilis eſt Indebiti Condictio *l.* 15. *in pr. h. t.* & Naturalis ratio civilem vincit, ut debet. Ac ideo hæc etiam regula; Qui exceptione perpetuâ tutus eſt, condicit, hanc patitur exceptionem: niſi naturaliter obligatus fuerit, quam certe non tollit rei judicatæ, quæ civilis eſt, exceptio. Verum ita non ſolvitur nodus, qui implicat cenſuram, quod res judicata, licet ex injuſtâ causa parit actionem & exceptionem utramque efficacem. Quomodo igitur ſoluti ex re judicata condictio datur? Sane quod aliqui volunt, Reum condemnatum, poſtquam ſolvit, denuo & ſemper audiendum eſſe, quando per condictionem Indebiti ſolutum quia nunc ſit Actor, cum antea Reus fuerit, repetit, ſine metu exceptionis rei judicatæ: Carpzov. *Proceſſ. tit. 6. art. 3. n. 67. & ſeqq.* Struv. *ad Tit. d. Re Judic. n.* 21. nimis aberrat à vera Juriſprudentia, & à nobis refutatum eſt in *Prælect. ad Tit. de Except. rei jud. & ſuprà ad l.* 10. §. 3. *d. Edend.* ſed imaginemur ſtatum quæſtionis. Id enim operæ pretium eſt fieri, ad rem penitus explicandam.

3. Abſolutus debitor, ignarus ſententiæ latæ, ſolvit creditori, quod verè debebat: Cognita re judicata, repetit ſolutum. Creditor reſpondet: Tu mihi verè debes quod ſolviſti; Ergo non potes repetere. *Debitor*; putavi me debere, ſed eventus litis docuit, me non debere. *Creditor*; Ego vero paratus ſum probare, te vere debere quod ſolviſti, & probabo. An iterum hæc res veniet in diſceptationem? An res judicata, quæ parit actionem & exceptionem, non proderit etiam ad Replicationem? Difficile & alienum à ratione juris id fuerit. Denique, ſi ponere non licet, quemadmodum urgere non auſim, debitorem hic ſententiæ gnarum fuiſſe; ſupponendum tamen videtur, quæ ratio reſpondendi unica eſt: Agnoviſſe cauſam debiti ſolventem, eamque tem eſſe in luce manifeſta. Proinde *Statum* ita ponamus. Debitor ait; Redde quod tibi ſolvi. Creditor; non reddam, debes mihi vere quod ſolviſti. *Debitor*; Equidem fateor, ſed aliter judicatum eſt; Res judicata pro veritate habetur. *Creditor*; hæc eſt poſitio Juris Civilis, quæ cedere debet evidentiæ juris & veritatis Naturalis. Hoc modo cur Naturale Jus & Civile poſitivum in hac cauſa, confligere videantur, cauſa non apparet. Et mihi non videtur ab Eunomia remotum, ſubſiſtere in hoc intellectu: Niſi quid adferas melius, ſolidius, Lector.

Julianus Lib. x. Digeſt.

Mulier, ſi in ea opinione ſit, ut credat, ſe pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, repetit. Sublata enim falſa opinione, relinquitur pietatis cauſa, ex qua ſolutum repeti non poteſt. l. 32. §. 2. d. Condict. indeb.

1. Ex hoc loco communiter ita ſtatuitur; In cauſa dotis ceſſare condictionem Indebiti, & cauſam dotis eſſe piam. Diſplicet hoc, & Lectio Florentina Cujacio aliiſque, & ſecundum illos, Fabro, quibus in extraneis mulieribus, nulla Doti in genere cauſa pietatis adſcribi poſſe videtur: Utilitatis quidem ratio publicæ, Doti convenit: Pietas inde aliena eſt, ut volunt. Ideo pro, *Mulier*, legendum *Mater*, ut per conſequens, Avia quoque intelligatur. Etſi enim ma-

Digitized by Google

matris aviæque officium non ſit, dotare filias Jure Civili, ſed Patris avique paterni *l. ult. C. de Dot. promiſſ. l. 19. d. Rit. Nupt.* negari tamen non poſſe, quin, ſi dent dotem mater aviaque, pietatis officio fungantur *arg. l. Neſennius 34. d. Negot. geſt.* Atqui in hoc textu, pietatis cauſa è præſumptione quaſi ex natura negotii colligitur, ſi de alia causa impulſiva dotem dandi non conſtet, quæ proinde exſtante, ſupereſſe pietatis præſumptionem: Fuit hic quidem alia dotem dandi cauſa opinio ſcilicet, mulieris, ſe fuiſſe obligatam pro dote; qua remota, provocatur ad rationem pietatis, quæ ſit naturalis. His convenienter Accurſius verbum *mulier*, explicat, per, *Mater*, aut *extranea*; ſentit igitur nihil intereſſe & dotis cauſam generaliter habere cauſam pietatis: quod ut dictum, frigidius videtur Viris egregiis. Mihi vero ne hoc quidem liquet, cur potius hic caſus de Muliere, ſive de matre, ſive de extranea, quam de Viris qui dotem dederint, iisque vel extraneis, vel neceſſariis concipiatur. Numquid enim hæc poſitio de Viris minus eſt vera, quem fœminis, ut, ſi cum putent ſe dotis causâ obligatos, ſolverint, pietatis cauſa minus in illis quam in mulieribus habeat locum? Non poteſt non eadem eſſe ratio. Nam ſi forte ſuperſtitio mulieribus aliquanto major ſit, Pietas etiam virilis virtus eſt. Cur igitur hic mulier nominatur, aut mater potius, quam Vir; aut Pater avuſque? De patre dicet aliquis, illum neceſſario ad dotandum teneri, ideoque in eum nullo modo convenire cauſam repetendi quam dicit, dotem. At hoc tantum eſt verum in Patre qui filiam in poteſtate habet. Reſpectu emancipatæ, pater & avus, & quidem paternus, maternus indiſtinctè, ad Speciem hujus Legis æque pertinet ac mater aut avia.

2. Non videtur igitur Emendatio rationem habere, qua virilis ſexus à dote danda vel à pietatis cauſa, quatenus hæc ineſt Doti, excludatur. Cogitemus igitur, an non hic etiam verum ſit, τὸ ἀκίνητον ἄμεινον; *Nil movere, tutius & melius.* Denique ſic videamus; An non *mulier* hic ſimpliciter, ad ſanum huic Legi ſenſum conciliandum, poſita intelligatur, Ea, quæ nupſit: excellenter ideo dicta *mulier*, quia relatio negotii, ipſius erat propria. Factum ſit ita; Nupſit mulier, interventu ſuorum, putavit, dotem eſſe promiſſam Viro è ſuis bonis, quam ſolvit. Deinde, à Viro diſſidens intellexit, promiſſionem nullam eſſe factam; Et vult condicere dotem ut indebitè ſolutam. Non poteſt; obſtat ei pietas, id eſt, adfectio neceſſitudinis erga maritum & liberos forte jam ſuſceptos, & matrimonii ſanctitas. Ita nihi eſt dubii, cur hic *mulier* potius quam Vir exprimatur; cur pietas adſcribatur doti: Cur Mulier, inquam, per excellentiam ponatur. Ita nihil opus erit emendatione textus Florentini. Denique, limitatio notabilis accedet huic exceptioni, cujus ratio nunquam generaliter reddi potuit; quod in causâ dotis ceſſet condictio indebiti, ſi mulier ipſa nubens dotem dederit. Addas tamen, ex ratione potius quam ex hoc Textu, cæteros in quibus pietatis argumentum eſt præcipuum, non modo matrem, aviam, ſed etiam patrem & avum, cenſeo. Poſtremò Textus à Cenſurâ liberatus eſt.

Julianus Lib. 39. Digeſtor.

Si in area tua ædificaſſem, & tu ædes poſſideres: condictio locum non habebit: quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam ſolverit, hoc ipſo aliquid negotii gerit. Cum autem ædificium in area ſua ab alio poſitum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Sed & ſi is, qui in aliena area ædificaſſet, ipſe poſſeſſionem tradidiſſet, condictionem non habebit: quia nihil accipientis faceret, ſed ſuam rem dominus habere incipiat. Et ideo conſtat, ſi quis cùm exiſtimaret, ſe heredem eſſe, inſulam hereditariam fulſiſſet: nullo alio modo, quàm per retentionem, impenſas ſervare poſſe. l. 33. d. Condict. Indeb.

1. Locus omnium reprehenſionibus obnoxius, ut nimia ſubtilitate Civili, gravis æquitati naturali. Ædificavi in tuo ſolo, bonâ fide. Repetenti tibi fundum, opponere poſſum repetitionem impenſarum, & tantiſper retinere domum ejuſque ſolum. Sed pone, me tibi fundum una cum domo reſtituiſſe. Jam peto impenſas in exſtruenda domo, bonâ fide factas. Sed quanam actione? Perſonalem non habeo, quia tecum nihil contraxi, aut ullum habui negotium. In rem quoque nulla eſt actio, quia ſoli dominus etiam eſt dominus ædificii §. 29. *I. de A. R. D. l. 7. §. 10. eod.* Ergo nihil petere poſſum, qui jus retentionis omiſi. Quid ergo? Dominus ſoli meo cum damno locupletabitur? Injuſtum id quidem, naturaliter & civiliter, niſi quod inciviliſſimum eſt, Civile dicendum fuerit. Ergo dandum aliquid remedii extra ordinem, quod omnes concedunt Interpretes, etſi Julianus hic nihil ſuppeditet, neque plus ſit in *l. 14. d. Except. dol. & l. 48. d. R Vind.* Nec omnino, qualis ſit actio, facile dictu eſt. Cujacius dat incerti condictionem. Alii utilem negotiorum geſtorum actionem; vel officii judicis implorationem, quæ deficientibus ordinariis agendi principiis, applicari ſolet. Horum aliquid amplecti oportet, etſi ἄγραφον, Eunomiæ causâ. Moribus hodiernis, hac parte minus laboratur, quia nomen actionis exprimi non ſolet. Dari tamen repetitionem impenſarum, non dubitatur, idque à Suprema Friſiorum Curia Proſocero meo adjudicatum ſcio; cum is ex fideicommiſſo fundum, in quo domus ædificata durante poſſeſſione fiduciariâ, ipſius erat, tradidiſſet, ac impenſas ex poſt facto repeteret: Recepit eas, ſed lite moleſta, quam retentione vitare potuiſſet. Danda eſt igitur actio ex principio generali, quod eſt *in l. 32. in fin. de Reb. Cred.* Videlicet, quod impenſas bona fide factas reſtitui, ***bonum & æquum eſt.***

Africanus Lib. IX. Quæſtion.

Frater à fratre, cum in ejuſdem poteſtate eſſent, pecuniam mutuatus, poſt mortem patris ei ſolvit. Quæſitum eſt, an repetere poſſit. Reſpondit, utique pro ea parte, qua ipſe patri heres exſtitiſſet, repetiturum. Pro ea verò, qua frater heres exſtiterit, ita repetiturum, ſi non minus ex peculio ſuo ad fratrem perveniſſet. Naturalem enim obligationem, quæ fuiſſet, hoc ipſo ſublatam videri, quòd peculii partem

tem frater ſit conſecutus: adeo ut, prælegatum filio eidemque debitori id fuiſſet, deductio hujus debiti à fratre ex eo fieret. Idque maximè conſequens eſſe ei ſententiæ, quam Julianus probaret: ſi extraneo quid debuiſſet, & ab eo poſt mortem patris exactum eſſet; tantum judicio eum familiæ erciſcundæ reciperaturum à coheredibus fuiſſe, quantum ab his creditor actione de peculio conſequi potuiſſet. Igitur & ſi re integra familiæ erciſcundæ agatur: ita peculium dividi, æquum eſſe, ut ad quantitatem ejus indemnis à coherede præſtetur. Porro eum quem adverſus extraneum defendi oportet, longe magis in eō, quod fratri debuiſſet, indemnem eſſe præſtandum. l. 38. in pr. d. Condict. Indib.

1. Difficultas hujus Legis adeo celebrata poſſet à nobis omitti; nec enim *δυσνομία*, ſed Eunomia noſtri inſtituti eſt; niſi cauſa difficultatis eſſet, Rationis inopia, quâ Species hujus textus laboret. Faciemus autem quod facere & ipſi ſolemus, & aliis faciendi auctores ſumus; textum ipſum preſſe intuebimur. Interpretum exegeſes infinitæ primo aditu plus tenebrarum quam lucis adfundunt. Facti Species ſic eſt: Tu & ego ſumus fratres in ejuſdem Patris poteſtate, à quo peculium mihi datum eſt. Ego à te centum mutuo accepi, cujus obligatio Patri jure patriæ poteſtatis acquiritur, ut conſtat. Moritur Pater, nobis ſolis heredibus. Ego tibi mox centum mutuo ſumptos reſtituo: per errorem, quia Patri competebant, ac ideo pars dimidia jure hereditario ad me ipſum pertinebat. Hanc igitur partem, id eſt *quinquaginta*. ut indebitè ſoluta, repetere poſſum. Interim ex meo peculio, unde mutuum tibi, patre vivo, ſolvere debuiſſem, tu alios quinquaginta conſecutus es. Et tamen eoſdem tibi ſolvi. Bis igitur illos habes; Ergo & hoſce merito repetam. *Hactenus factum; Sequitur adſtructio deciſionis.* Eram ſanè Tibi naturaliter obligatus & Re: Patri civiliter; Quod enim filius Patri acquirit, id juris poſitivi & civilis eſt, ſed Res & numeratio facit obligationem naturalem. Huic Naturali obligationi, præſtatione de peculio, è quo habes quinquaginta duntaxat, pro parte ſatisfactum eſt; Naturaliter enim Mutuum à te ſumptum ipſe de meo peculio ſolvere debui. Nam &, ſi pater cujus erat peculii proprietas, id mihi legaſſet, tu tamen ex eo debitum tuum deduxiſſes. Debuit igitur inde tibi ſolvi, & habes inde quinquaginta: Reliqui autem 50 erant mei, ut coheredis. Etſi hoc non tam ex causâ naturali, quam civili, quod jus hereditarium veniebat à patre, cui jus mutui civiliter quæſitum fuerat. Proinde cum illos inſuper tibi ſolverim, repetitio nullum habet dubium. Sed tu dices, Peculium meum, partem hereditatis eſſe factum; cui jam ſolutio facta, quæ ex peculio meo ſeorſim fieri debuiſſet, meo ſolius commodo imputanda non ſit. Imo debet, inquam; Pone me centum extraneo debuiſſe de peculio, qui poſt obitum Patris illos à me exegit. *Ego tamen peculium totum, ut fuit tempore mortis Patris, contuli, etſi ex eo deceſſerit, quod ſolvi* Æquum igitur eſt, ut coheredes mei in familiâ erciſcunda, ſuppleant iterum, quod de peculio deceſſit, & quod Creditor, ſi à me ſolutum non fuiſſet, ab heredibus, ad quos jam peculium meum ſpectat, conſequi potuiſſet. Multo magis igitur ſi tu meus frater, tuum creditum ex meo peculio adeptus es, quod ego tibi ſeorſim ſolvi, reſtituere mihi debes; ne damnum, quod ab extraneo mihi non eſſet inflictum, à fratre ſuſtineam. Factum ita explici-

tum ſatis clarum ſibique & Iuri conſentaneum videtur. Nec quare pro *repetiturum*, legendum ſit, *non repetiturum*, ut vult Hotomannus, ſcire deſidero, qui facti ſpeciem, ut hic eſt ſubducta, intuetur. Adſtructio rationalis obſcurior eſt, quam arceſſitis difficultatibus augere non placet: qualis & hæc mihi videtur; quod frater Creditor etiam habuerit peculium, quod & debitor frater participavit, & cum ſuo peculio compenſare debuit, ut D. Wiſſembach ex aliis ſibi objicit. Quod Africanus præteriit, nobis etiam præterire licet; cum neceſſe non ſit dictu, alterum fratrem æque habuiſſe peculium profectitium; potuit enim eſſe adventitia vel caſtrenſis, aut aliunde mutuata pecunia quam frater fratri dedit mutuo: Etſi aliter D. Wiſſembach, *ad h. t. th* 17. Nos in hac brevi expoſitione, rei non nimis directè noſtri inſtituti, ſubſiſtimus; Longioribus ἀπαγωγαῖς, quæ finem non habent, Eunomiæ non tam conſuli, quam hujus operis molem augeri poſſe reputantes.

Juſtinianus Auguſtus.

Ex quibuſdam tamen cauſis repeti non poteſt quod per errorem, non debitum ſolutum ſit: Sic namque definierunt veteres; Ex quibus cauſis inficiando lis creſcit, ex iis cauſis non debitum ſolutum repeti non poſſe §. ult. I. de Obl. Qu. quaſi ex Contr.

Cum Indebiti ſoluti petitio ſit ex ipſa Æquitate Naturali, mirum & abſurdum videtur; ſi quis ſolverit, quaſi ex cauſa damni per injuriam dati, cum nihil damni dederit; vel quaſi ex legati piis locis relicti, à quo nihil eſt legatum, aut è depoſito miſerabili, apud quem nihil erat depoſitum, quæ ſunt tres cauſæ in Iure cognitæ, è quibus inſitiando lis in duplum creſcit, *d. §. ult. & §. 26. I. de Action.* Huic, per innocentem opinionis errorem, inquam, talis indebiti ſoluti repetitionem negari, iniquum videtur. *Nam manifeſta æquitas reclamare videtur*, ait Vinnius *ad §. ult. Inſt. Nec habeo quod reſpondeam*, pergit; *niſi quid veriſimile eſt* (totum conjecturale eſt) *certis in cauſis receptum fuiſſe, ut interrogati in Jure, ſi negarent, & mendacii convincerentur, in duplum irent. Unde poſtea inductum ut qui ex his cauſis conventus ſolviſſet, quantumvis indebitum, non repeteret: quaſi ſimplum ideo ſolverit, ne infitiando periculum à ſe amovere voluerit.* Dixi ad hanc rationem ad d. §. *ult.* illam eſſe obſcuram. Nihil obſcuritatis ſubeſſe videtur Thomaſio in *Scholiis* ad *poſitiones noſtras in d. tit. Ipſe auctor*, inquit, *fatetur, id quod nomine Transactionis datur, non poſſe condici, tanquam indebitum, quamvis ſine verâ causâ præcedente detur.* Hactenus bene; ſed non bene connectit Vir Cl. dum pergit: *Ergo, qui in causâ depoſiti miſerabilis quid ſolvit, præſumitur id non ex errore ſolviſſe, ſed ex metu dupli.* Unde præſumptio illa; Quodnam fundamentum præſumendi transactionem, in eo, qui in errorem inductus ſolvit, quod debere ſe perſuaſus erat. Solvendi non tranſigendi animo dediſſe præſumendus eſt Transactio enim ne quidem in eo, qui dubitavit an deberet, præſumitur; ubi longe tamen facilior erat de Transactione præſumptio. Faceſſere illam jubet ab indebiti ſolutione præſumptionem Juſtinianus in *l. ult. C. de Condict. Indeb.* quam de ſolutione per metum & anxietatem facta perperam interpre-

pretatur Thomaſius, cum nihil ejuſmodi ſit in textu. Mihi nihil adhuc liquet, niſi quod τῦ.ο κεκωλύσθαι παρὰ τοῖς ἀρχαίοις; hæc *regula ae ceſſante condictione Indebiti, placuerit antiquis.* Credo non ſine ratione; Quæ ſit autem ratio non admodum mihi conſtat. Autumnus hic nihil invenit difficultatis, qui tenet, Ab eo qui vere ſibi debitum accepit, etſi ab alio, quam à vero debitore ſolutum nihil repeti poſſe, qua de re diximus ad *l.* 19. *ſuprà h. t.* Proinde ſidicas, damnum reverâ fuiſſe datum alicui; Legatum vere eſſe relictum Eccleſiæ, Depoſitum ruinæ tumultus, naufragii cauſa ab aliquo eſſe factum: At ſolutionem erroneè eſſe factam, ab eis qui verè non debebant; miſerationis in illis negotiis ratio, facile præcideret condictionem indebiti, quam alii generaliter negari volunt, & velle videtur Jctus in *l.* 44. *h. t.*

Papinianus Lib. 11. Quæſtion.

Avunculo nuptura, pecuniam in dotem dedit; neque nupſit. An eandem repetere poſſit, quæſitum eſt; dixi, cum ob turpem cauſam dantis & accipientis pecunia numeretur, ceſſare condictionem: & in delicto pari potiorem eſſe poſſeſſorem, quam rationem fortaſſis aliquem ſecutum, reſpondere, non habituram mulierem condictionem. Sed rectè defendi non tam turpem cauſam in propoſito, quàm nullam fuiſſe: cum pecunia, quæ daretur, in dotem converti nequiret. Non enim ſtupri; ſed matrimonii gratia datam eſſe. Noverca privigno, nurus ſocero pecuniam dotis nomine dedit, neque nupſit, ceſſare condictio prima facie videtur: quoniam jure gentium inceſtum committitur. Atquin vel magis in ea ſpecie, nulla cauſa dotis dandæ fuit. Condictio igitur competit. l. 5. d. Condict. ſine causâ.

1. Videndum, ne non par ſubtilitas hæc ſit ei, quæ fuit Ulpiani in *l.* 4. §. 1. *d. Condict. ob turp. cauſ.* velandæ Turpitudini potius, quam ut exinde ſolide refutari poſſit ratio diſſentientis JurisConſulti, quem notat Papinianus; qui ſtatuebat, mulierem, quæ dedit avunculo, privigno, ſocero dotem, nuptiarum cauſâ, fuiſſe turpis conſilii participem, ideoque non dandam illi eſſe repetitionem. Ita plane ſentit Autumnus *ad hanc L.* Quod enim Papinianus excipit, non tam fuiſſe turpem, quam nullam dandi cauſam, cavillatorium videtur; quia quod nullum eſt, turpe ſimul eſſe nihil vetat, imo ſemper ita uſu venire, non eſt dubium *l.* 26. *d. V. O.* Multa Faber in hanc rem pro Papiniano, non minus quam hic ipſe, ſubtiliter: In quibus acquieſcere vix licet. Eſt ſanè pro illâ, quæ pecuniam dedit avunculo, hæc ratio; quod Nuptiæ cum avunculo, ut noſtræ leges volunt, jure non naturali, verum civili tantum ſunt prohibitæ, cujus ignorantia mulieribus ignoſcitur *l.* 38. §. 2. *Ad L. Jul. de Adult.* Sed hæc ratio ceſſat in his, quæ privignis & ſoceris nubere cum vellent, pecunias in dotem dederunt, de quibus eſt *in* §. 1. cum illi ſint inceſtus Juris Gentium, ut ipſe Papinianus fatetur. Quid ergo, ſi hoc modo dicamus? Fundamentum deciſionis eſſe, quod major ſit turpitudo in his nuptiis, Viri quam fœminæ, nec ideo ferendum, ut penes illum dos flagitioſa reſideat: Satius eſſe, ut in actu nullo cuncta retro agantur. Id ut ſpecioſe fiat, ſeparantur hæ Poſitiones; *Pecunia*

data

data eſt ob turpem cauſam. Data eſt ob nullam cauſam: Utraque vera poſitio eſt. Ex ultima mulier agere jubetur. Altera ſequitur, nec Vir eam objicere poteſt repetenti pecuniam fœminæ, quia de turpitudine ſua lucrum facere vel remedium juris exercere non debet. Hæc moderatio cur valde reprehendenda ſit, non apparet ratio.

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM XIII.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Ulpianus Lib. 18. ad Sabinum.

IN *furtivâ re ſoli domino condictio competit. l. 1. d. Condict. furt.*

Juſtinianus Auguſtus.

Sic itaque diſcretis actionibus, certum eſt, non poſſe Actorem ſuam rem ita ab aliquo petere, ſi apparet eum dare oportere. Nec enim quod actoris eſt, id ei dari oportet: ſcilicet, quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat. Nec res jam actoris eſt, magis ejus fieri poteſt. Planè odio furum, quo magis pluribus teneantur, effectum eſt, ut extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur. ſi apparet eos dare oportere: quamvis ſit adverſus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem ſuam quis eſſe petit. §. 14. I. de Action.

1. Non evitant hæc loca Cenſuram, quaſi doctrinam male cohærentem ſibique & rei naturæ adverſam continentia. Etenim Condicere eſt ad dandum aut faciendum agere §. 14. *I. de Action.* Qui rem ſuam petit ſibi reſtitui, non agit ad dandum *h.* § 14. nec proinde condicit, cum hoc ſit, agere in perſonam *d.* §. 14. Hinc nemo rem ſuam condicit, præterquam *Furi* habetur in *l. ult. in fin. Uſufruct. quemadm. Cav.* Nec tamen hoc cum rei veritate convenire videtur. Con-

Condicere enim cum ſit, agere ad dandum, & dare ſit dominium transferre *d.* §. 14 *l.* 75. §. *ult d. V. O.* per Condictionem furtivam dominum rei non agere ad dandum, facile demonſtrari poteſt. Quando enim res ipſa furto ablata adhuc extat apud furem, eo caſu non agitur ad dandum, ſed ad reſtituendum, quia res furtiva non abiit è dominio noſtro, neque facta eſt furis, ſed à Domino vindicari poteſt §. *ult. I. de oblig. ex del.* Quod ſi res non extet, pretium quidem condicitur; ſed non ex jure dominii, quia dominus rei non eſt Dominus pretii, nec hoc vindicatur, ſed condicitur *l.* 23. *d. Reb. Cred.* Ergo verum non eſt, quod dominus rem ſuam furi condicat, hoc eſt, jure dominii ad dandum agat, ut Juſtinianus adſerit *in* §. 14. *&* *d.* § *ult.* Secundum hæc, poſt alios, ita D. Wiſſembachius *ad pr. h. t. Fateamur quod res eſt*, inquit, *verbotenus condictione furtivâ agi ad dandum, reverâ autem agi ad reſtituendum: Nemo condicit rem ſuam furi propriè loquendo; Etiam Juris Conſultis non raro contingit in re ſeriâ nugari.*

2 Hæc eſt Cenſura, cui exacte ſatisfacere difficile apparet. Quod enim *ad h. l.* Antonius Faber præfert, Dominum rei furtivæ dici contra furem agere ad *Dandum*, hoc eſt, dominium recuperandum, ideo ſic eſſe conceptum, quia fur voluit dominus fieri, non quia vere Dominus ſit factus; id equidem non eſt σοφὸν φάρμακον; nec idonea ratio, cur Juſtinianus exceptionem prodiderit celebrem, à Regulâ Juris fundamentali, non ex verâ Juris ratione, ſed ex opinione furis tam falsâ quam maleficâ. Mihi nihil aliud in mentem venit quam hoc, quod & verum eſſe crediderim: Condictionem furtivam, id eſt, actionem in perſonam furis, præter & ſupra rei vindicationem, quæ datur in corpus ipſum rei furto ablatæ, dari ad petendam æſtimationem rei peremptæ vel deterioris factæ, cum eo quod intereſt *l.* 3. *l.* 8. §. 1. *l.* 13. *& paſſim h. t.* ſic tamen, ut reſtitutionem ipſius corporis, ſi extat, comprehendat *d. l.* 8. *in pr.* Condictio igitur, id eſt, Actio ad Dandum, primario inſtituta, hoc eſt, ad repetendum, quod non eſt noſtrum, ſcilicet pretium & id quod intereſt, tamen etiam complectitur rem noſtram, cujus adhuc domini ſumus, dum extat. Ac ita Condictio datur in rem noſtram, *concretè*: nam in abſtracto actionis argumentum aliter dividi poteſt: Ita quidem παράδοξον, inexpectatum eſt, quod dicitur, dominum furi condicere rem ſuam; nihil tamen παράνομον, illegitimum infertur, quaſi jure Dominii, de re noſtra ageretur ad dandum. Sed hoc ſolummodo verum eſt, dominum rem ſuam furi condicere: Condictio enim furtiva præcipue quidem de re non propria, ſed tamen etiam de re verè noſtra competit. Hoc nobis jam ſedit in *Prælect. ad h. Tit. à Princ.* Tu dices; Si condictio furtiva præcipue inſtituta eſt, de re, cujus non ſumus domini, ſcilicet æſtimatione rei, vel eo quod intereſt, quomodo verum eſſe queat, dictum hujus *L.* 1. *Soli domino Condictio furtiva competit?* Res loquitur hoc ita intelligendum eſſe; *qui fuit dominus, cum res furto auferretur.* Aliter non habet ſenſum, quicquid in *hoc Tit.* de dominio rei jam peremptæ traditur *in l.* 3. *l.* 8. *& paſſim h. tit.*

paulus Lib. xxxix. Edictum:

Ex argento ſubrepto pocula facta condici poſſe, Fulcinius ait: ergo in condictione poculorum, etiam cælaturæ æſtimatio fiet, quæ impenſa furis facta eſt. Quemadmodum, ſi infans ſubreptus adoleverit, æſtimatio fit adoleſcentis: quamvis cura, & ſumptibus furis creverit. l. 13. d. Condict. Furt.

1. Cenſura Viri Cl. Examinanda eſt in foro animæ, *Lex Ex argento 13. ff. de Condict. furt.* quæ non patitur furem ab æſtimatione rei, quam furto habuit, nequidem expenſas neceſſarias deducere; neque per actionem, neque per retentionem poſſe conſequi expenſas utiles in re furtivâ factas; quin imo teneri ad reſtituendam æſtimationem, ita ut meliorata eſt expenſis furis. *Hactenus Job: Andreas Vander Meulen Vir A. in lib. de Foro conſcientiæ, ſive de jure poli, part. 3. Quæſt. 8. Et reſpondendum puto,* ita pergit, *Juris Conſulti reſponſum in d. l. 13. Ex argento, in Foro Conſcientiæ non procedere, cum id non pertineat ad veram Juſtitiam Commutativam.* Adducit etiam argumentum ex *l. 5. C. de Rei Vind.* ubi malæ fidei poſſeſſor impenſas neceſſarias repetit, utiles autem tollit, ſine læſione prioris ſtatus: quod ipſum conſtat ex *l. 38. d. Heredit. pet.* ubi Paulus ſcribit, benignius eſſe, in Prædonis etiam perſona haberi rationem impenſarum; addito, quia non debet petitor ex alienâ jactura lucrum facere; duntaxat, ſi res per impenſas ſit melior, *ut in fine d. l.* 38. limitatur eadem poſitio.

2. Reſponſio ad hanc Cenſuram eſt; Legem odio furum, cujus reſpectu multa ſingularia recepta ſunt § 14. *I. de Action.* procul omni dubio recte juſteque potuiſſe conſtituere, quod rem, furto ablatam, ſicut eſt in præſenti, reſtituere cogerentur, ſine deductione impenſarum à ſe factarum; quæ non æque furi indulgetur, quam malæ fidei poſſeſſori & Prædoni: Majus enim flagitium eſt, rem auferre per furtum, quam retinere poſſeſſionem rei, quam ſcias alienam, juſto titulo venditionis aut donationis ſimilique eam nactus, aut etiam ſine titulo, qualis poſſeſſor appellatur *Prædo* in Jure, licet rem non abſtulerit, ſed fortuito in eam inciderit *l. 11. in fin & l. 12. d. Hered. petit.* Sit furti illa quodammodo pœna quam meretur improbitate ſua majore, quàm eſt ſimplex mala fides aut *Prædonis*, ut hæc vox in arte Legum accipitur, qualitas. Cur dominus rei furtivæ hac juſta ſeveritate Legis adverſus furem uti non poſſit? Cum etiam dupli vel quadrupli pœnam, jure Veteri & Divino ſalva, opinor, animi conſcientia exigere potuerit. Mulcta illa moribus hodiernis ſubductâ privatis, nihil eſt cauſæ, cur ſaltem veſtigium hoc qualecunque pœnalis in fures conſtitutionis exercere non liceat. Si enim verum eſt, quod D. Vander Meulen docet, pœnas in foro interno conſcientiæ non obligare nec jus facere inter partes, etſi in foro civili adjudicentur, cedò quâ ratione defendam, pœnas dupli & quadrupli ipſo jure divino ſancitas, & quas rerum dominis utiles fuiſſe negari non poteſt; quas nec petere nec admittere potuerunt abſque ſententia judicis, quam petitio utique præcedere debuit; An Vox divina leges præſcripſit, quibus ſalva [illegible] populo Dei non liceret uti? Lex igitur, ſi de facto conſtet, probabili [illegible] ratione fundata, jus domino contra

tra

Digitized by Google

tra furem, accipiendi luitionem maleficii omnino tribuit, & niſi humanas conſtitutiones à foro conſcientiæ omnes relegare velimus, liquidam ipſis animis ſecuritatem præſtare eas oportet: Ut ad locum communem de conſenſu Civium in Leges, de quo egimus in *in lib. 3. de Jur. Civit. ſect.* 1. *Cap.* 3. hic quidem recurrere nihil opus ſit.

Scævola Lib. IV. Quæſt.

Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos ſciens acceperit, videndum, ſi procurator ſuos nummos ſolvat, an ipſi furtum fiat. Et Pomponius epiſtolarum libro octavo, ipſum condicere ait ex cauſa furtiva. Sed & me condicere, ſi ratum habeam, quod indebitum datum. Sed altera condictione altera tollitur. l. 18. *d. Condict. furt.*

1. Nimis hoc rigidum videtur, ut is, qui nummos indebitos à domino ſibi datos, ſciens accepit, furti teneatur. Scimus quam facile hoc hominibus obrepat, ut nummos ultro oblatos, etſi gnaris ſibi non deberi, admittant, neque repudient, occaſione lucelli gaudentes inſperati; etſi improbi animi factum. Furti tamen infamia ac atrocitate funeſtare, nimis ultra negotii modum videtur. Famæ non minus quam vitæ civium ratio vult eſſe parcendum. Ac ideo moribus hodiernis contrarium humanius eſſe receptum, teſtis eſt Groenewegius *ad h. l.* idemque multa firmat auctoritate, de uſu rei depoſitæ, commodatæ atque locatæ, ultra quam convenit, exercito; quod etiam Furti crimine pœnâque, veterum ſeveritas perſecuta eſt, ſecus ac hodie probat *ad* § 6 & 7. *Inſt. de Obligat. ex del.*

2. Diſparis inter Jus civile Moreſque obſervationis ratio eſſe videtur, quod olim de furto criminaliter & extra ordinem privati agebant *l. ult. d. Priv. del l. ult. d. Furt.* quod hodie fit tantum à Fiſci Procuratore; Privati nonniſi in id quod intereſt agunt. Publice autem Fiſci nomine accuſatio tam facile, nec niſi ob facinora directe furtiva, non quæ in contractum aut aliud negotium inciderunt, inſtituitur: ne, ſi ob quaſlibet tralatitias occaſiones Fiſci Procurator ſe moveret, publicæ diſciplinæ auctoritas eviluſceret. Cæterum, in ipſa delicti æſtimatione, non puto Mores hodiernos à Veterum diſciplinâ degenerare; quin revera furti reus ſit habendus, qui rem alienam fraudandi & lucrifaciendi animo contrectat: Nec enim alia nobis eſt Furti definitio, quam fuit olim: Verum, quia privatis non datur hodie, pœnæ, ſed tantum ejus quod intereſt perſecutio; & publico Fiſci nomine de minoribus furti ſpeciebus, maxime de his quæ in Contractus & negotia inciderunt, agi non ſolet, hinc uſu venit, ut ejusmodi facta, quæ Fiſci Procurator non perſequitur, maleficii infamis odio & appellationi, exiſtimatione communi ſubducantur. Etſi graves & Prudentes Viri, ficum ficum, ſcapham ſcapham, vocare ſoliti; denique morum Cenſores & forum poli exercentes, ejusmodi facta nomine Furti inſignire cauſam dubitandi non habeant.

3. Quod ſi comparationem inſtituere velis Eunomicam, jus Romanum facile ſuſtinebimus, cum in ejusmodi ſpecies definitio furti perſpicuè conveniat. Nam qui ab alio pecuniam ſciens indebitam accipit, is rem alienam dolo & lucrifaciendi animo contrectat; quæ res implet definitionem Furti. Rigor au-

tem Veterum, quibus nihil ſanctius fide & integritate morum, magis eſt, ut noſtri ſeculi mores agat in ruborem. Etſi non negem, poſſe videri in hanc quoque partem, dari quendam ſeveritatis exceſſum; quo ſi quis referendum putet, quod Valer Maximus *lib.* 8. *c.* 2. & Symmachus 7. *epiſti* 69. referunt, Furti quendam fuiſſe damnatum, qui equo Ariciam uſque Romæ proximam commodato, longiuſcule vectus, *ulterioris clivi ardua prætermiſſet*, ut Symmachus loquitur, non repugnem. Quemadmodum & Symmachus illo priſcorum exemplo Quiritium, ſe non eſſe deterritum, ſcribit ad amicum, quominus aliquanto longius quam dictum erat, jumentis ejus uteretur. Ex præſumpto ſcilicet Domini conſenſu. At hujus Legis factum nemo virtutis & juſtitiæ tenax in foro Conſcientiæ taciturnitatis excuſet.

Africanus Lib. III. Quæſt.

Centum Capuæ dari ſtipulatus, fidejuſſorem accepiſti; ea pecunia ab eo ſimiliter ut ab ipſo promiſſore, peti debebit: id eſt, ut ſi alibi, quàm Capuæ, petantur, arbitraria agi debeat, liſque tanti æſtimetur, quanti ejus vel actoris interfuerit, eam ſummam Capuæ potius, quàm alibi ſolvi. Nec oportebit, quòd fortè per reum ſteterit, quo minus tota centum Capuæ ſolverentur: obligationem fidejuſſoris augeri. Neque enim hæc cauſa rectè comparabitur obligationi uſurarum. Ibi enim duæ ſtipulationes ſunt: hic autem una pecunia creditæ eſt. Circa cujus exſecutionem, æſtimationis ratio arbitrio judicis committitur. Ejuſque differentiæ manifeſtiſſimum argumentum eſſe puto: quod ſi poſt moram factam, pars pecuniæ ſoluta ſit, reliquum petatur: officium judicis tale eſſe debeat ut æſtimet, quanti actoris interſit, eam duntaxat ſummam, quæ petetur, Capuæ ſolutam eſſe l. 8. d. Eo quod certo loco.

1 Hic etiam textus ut contradictorius ſibi & Juris principiis, interque difficillimos Pandectarum habetur. Nos idoneâ paraphraſi ſcrupulos abſurdi & repugnantiæ occupare, eximere conabimur. Species hæc eſt; Centum ego tibi Capuæ dare promiſi, & fidejuſſorem dedi; qui ex naturâ fidejuſſionis, ita, ut ego ipſe, tenetur. At ego ſic teneor, ut, ſi tu alibi quam Capuæ petas, actio quæ ſtricti juris erat, mutetur in Arbitrariam, qua teneor in id quod intereſt tua, ſi per me ſteterit, quominus Capuæ tibi ſolutum ſit. Proinde ſic etiam Fidejuſſor meus tenebitur. Nec ideo neceſſe erit, ut dicamus, obligationem fidejuſſoris augeri, ex eo, quod dictum eſt; Cum enim ſtricti juris ſit obligatio fidejuſſoris, & meum factum, quominus Capuæ ſolveretur, ſit extra obligationem, pro quâ ille ſpopondit, fieri non poteſt, ut ejus obligatio inde augeri dicatur. Etſi verum eſt, Fidejuſſoris obligationem per uſuras à me debitas augeri: Sed inde non ſequitur, id quod intereſt ratione loci, facto mutati, æquè fidejuſſoris augere obligationem. Nam uſura debetur in Stipulatione aliiſque ſtricti Juris Contractibus ex nova & ſpeciali ſtipulatione, non è facto, quod ſit extra obligationem. Hic autem eſt una obligatio, pecuniæ creditæ; Et æſtimatio ejus quod intereſt, ob mutationem loci non venit ex obligatione propria ſed ex officio Judicis. Unde, quo ſenſu obligatio fidejuſſoris non augea-

tur,

tur, & is tamen in id quod ratione loci intereſt, teneatur, intelligi poteſt, quatenus officium judicis & jus obligationis ſibi mutuo opponuntur, ut ad *l. 7. d. Negot. geſt. & Prælect. ad Tit. I. de. Off. Jud.* expoſitum eſt. Differentia autem inter uſuras, & id quod intereſt, ratione loci; colligi inde, quod is, qui centum Capuæ ſibi dari ſtipulatus eſt, ſi poſt moram debitoris partem pecuniæ acceperit, reſpectu ejus quod percepit, non poteſt agere in id quod intereſt: Verum qui ſortis uſurariæ partem accepit, uſuras in ſtipulationem deductas, rectè nihilominus, etiam de parte ſortis quam accepit, petere poteſt. Hæc eſt paraphraſis Legis *Centum Capuæ*; In qua ut hic eſt, acquieſcimus; Certi, hac ſpecie facti bene percepta & cum mente verbiſque Africani comparata, fore, ut Cenſuram ejus facile ſuſtineamus.

Ulpianus Lib. xxvii. ad Edict.

Hoc edicto Prætor favet naturali æquitati, qui conſtituta ex conſenſu facta cuſtodit: quoniam grave eſt fidem fallere. l. 1. in pr. d. Conſtit. pecun.

1. Bona verba Prætoris, ſed parum ſibi conſtat. Qui ex Pactis in univerſum non dat actionem, ſed tantum exceptionem, ut vidimus ad *l. 7. d. Pact.* idem hic ſtudio æquitatis ſe jactat, quod ex pecunia conſtituta actionem pollicetur, quoniam *grave ſit fidem fallere:* quam rationem D. Ant. Matthæus refert inter eas, quæ otiosè principium petunt. *diſp.* 10. *Fundam. th.* 4. Numquid hoc minus grave eſt in reliquis pactis, de quibus æque dixit, nihil tam conveniens eſſe naturali æquitati, quam ea, quæ inter homines placuere, ſervari? *l. 1. in pr. de Pact.* Unde tam variè, ubi actio eſt eadem, modo actionem dat, modo exceptionem duntaxat? Weſembecius *hic* & Doctores communiter hanc reddunt rationem; quod in Conſtituto ſit Pactum geminatum, & duplicis vinculi major ſit vis, quam unius. Sed Bachovius *ad Weſemb. & alii* non immerito excipiunt; Ex mille nullis, ne *unius* quidem valorem oriri. Pactum, quoad vim actionis, nullum eſt; quid igitur geminatum pactum, id eſt, ſecundum *nullum* addere poteſt primæ Nullitati? In Arthmeticis nihil quidem; nec quidem, in civilibus, ſi numerum ſpectes: ſed alia civiliter ratio poteſt eſſe in reputatione pacti reperiri, quæ aliunde quàm à numeratione pendeat, ut hic uſu venire demonſtrari poteſt. Cur enim Pactum nudum actionem non parit? Quia non viſum fuit, actionem eſſe dandam, è promiſſionibus ſæpe leviter, nec animo deliberato factis: etſi poſtquam hæc ratio pactis in univerſum hanc qualitatem impreſſit, ut actionem ne pariat, in hypotheſi amplius non examinetur, quo animo pactum ſit initum: Attamen hæc in univerſum ratio veriſſima eſt, qua moti fuere Romani, quominus actionem ex pacto nudo darent. Atqui rurſus hoc in univerſum adfirmari poteſt; Eum, qui promittit, quod jam antea promiſerat, aut ſciebat eſſe promiſſum, non poſſe videri temere, nec animo parum deliberato repetiiſſe pactum. Non minus, quam ſi pactum ſtipulatione firmaſſet: Unde Jura naſci actionem voluerunt. Conſtitutum enim eſt Pactum quo quis promittit, ſe daturum aut facturum, quod ipſe vel alius debet, ac ita ſe refert

ſert ad aliam obligationem jam pridem valide contractam, ſed non impletam, ut *ex l.* 18. *l.* 28. & *omni hoc titulo* conſtat; Ac ſimul ratio expoſita eſt; quare Prætor ex conſtituta pecuniâ dandam putaverit actionem, quam è pacto Nudo dare in animum non induxit. Ideoque μετ' ἐμφάσεως addit rationem fidei ſervandæ, ἐκ προαιρέσεως animo deliberato ſemel iterumque declarato; ut immerito quidem hanc rationem Antonius Matthæus inter inertes, otioſas, aut principium petentes αἰτιολογίας referat *in Diſp.* 10. *th.* 14.

Ulpianus Lib. XXVIII. ad Edict.

In hac actione, ſicut in ceteris bonæ fidei judiciis, ſimiliter in litem jurabitur: & rei judicandæ tempus quanti res ſit, obſervatur. Quamvis in ſtrictis litis conteſtatæ tempus ſpectetur, l 3 § 2. *d. Commodati.*

1. Duplex hujus loci ſenſus eſt, uterque reprehenſioni ſubjectus. Primus, quod hic agitur de jurejurando in litem, & de tempore, cujus ratio in ejus calculo, habenda ſit; quem refutavimus *in Prælect. ad Tit. de Condict. Tritic. n.* 4. & *ſeqq.* Eundem refutat Antonius Faber, *ad h. l.* cujus tamen lectionem ſic edit, ut diverſam opinionem adſtruat. *In hac actione, ſicut in cæteris bonæ fidi judiciis, ſimiliter in litem jurabitur: ut rei judicandæ tempus quanti res ſit, obſervetur. Quamvis in ſtricti juris, litis conteſtatæ tempus ſpectetur.* Ut nos præſcripſimus, ita eſt Florentiæ, & jam vulgatâ. Ac inde liquide colligi poteſt regula bimembris; Una, quod in actione Commodati locum habeat in Litem jusjurandum. Altera, in Quæſtione Quanti res ſit, in bonæ fidei judiciis ſpectari tempus rei judicandæ: In ſtrictis, quanti fuit, tempore Litis conteſtatæ. Nam horum temporum in caſu jurisjurandi in Litem non habendam eſſe rationem, manifeſtum eſt, ex iis quæ ad *l.* 5. *d. In lit. jur.* obſervata ſunt; Patere, ſcilicet, illud juramentum in infinitum æſtimationis, adhibita quidem taxatione judicis, ne in immenſum evagetur, attamen ut à certi temporis præſcripto abſit procul. Altera ſimplicior eſt interpretatio; quod in æſtimatione rerum ineundâ, litis conteſtatæ & rei judicandæ tempora præciſe, illud in ſtrictis, hoc in bonæ fidei judiciis accipiendum ſit, quod etiam Faber enixè defendit, ad *hanc L.* eaque videtur eſſe communis explicatio, verbis etiam Textus conveniens.

1. Sed ego probo, hanc poſitionem, ſi illa ſit hujus Textus, non eſſe rationi & Juri conſentaneam. Primo, diſcrimen inter bonæ fidei & ſtricti juris actiones, hoc eſt certiſſimum, quod in illis præſtationes ſint liberaliores & pleniores, quam in hiſce, ut expoſitum eſt *ad d. l.* 7. *d. Negot. geſt.* Proinde, ubi harum ſpecierum oppoſitio circa æſtimationem rerum vertitur, largiorem oportet æſtimationis copiam dari in bonæ fidei, quam in ſtricti juris actionibus. At ſi litis conteſtatæ tempus in ſtrictis, rei judicandæ in bonæ fidei judiciis, præciſe ac in puncto ſpectemus, in ſummâ, nihilo plus in hoc, quam in illo termino continetur: quia non minus crebro evenire poteſt, ut ſit plurimi res, quando litis conteſtatio fit, quam ferendæ tempore ſententiæ. Secunda ratio; Unicuique ſua mora nocet *l.* 173. §. 2. *d. R. J.* ſecundum hujus Legis

Legis ſententiam, ὡς κεῖται, mora longior æquè debitori prodeſſet quam noceret. Si enim res, cum primum dari debuit, plurimi fuerit, & tempore litis conteſtatæ, minoris, tum mora ſua decrementum pretii lucraretur debitor, in ſtrictis; & ſi pendente lite, pretium adhuc magis decreſceret, tanto plus idem improbè litigando & tergiverſando proficeret in bonæ fidei judiciis, in quibus ſaltem teneretur ad valorem, qui fuit tempore rei judicandæ; Cujusmodi imprudens conſtitutio Eunomiâ neutiquam digna videtur. Quanto melius huc applices dictum Juris ſtatim collocatum, de mora ſua cuique noxia, & ſimile ex *l. 91. §. ſequitur d. V. O. mora perpetuat obligationem*; id eſt, eam quæ ſemel fuit, non patitur evaneſcere aut decreſcere. Wiſſembachius noſter *ad Tit. de reb. Cred. n.* 12. hac regula utitur in contrarium; ut probet, æſtimationem, quæ fuit ab initio, non poſſe creſcere, per moram; Sed huic argumento altera ejuſdem regulæ poſitio, quod Unicuique ſua mora nocet, adverſatur. Non poteſt igitur hæc ſententia, cum ratione Juris Civilis & applicatione ad hypotheſin facti, in quam omnis poſitio Artis reſolvi & congruere debet, conciliari. Nobis idcirco jam pridem viſum eſt, tempore litis conteſtatæ, & rei judicandæ hic eſſe accipienda, tanquam terminos *quouſque* res plurimi fuerit, inde à culpa vel à morâ, uſque ad litis conteſtationem in ſtrictis; uſque ad ſententiam in bonæ fidei judiciis: quo in hiſce præſtatio ſit laxior & plenior, quam in illis, ut natura judiciorum oppoſita dictat & requirit, ſi forte pretium, lite pendente, notabiliter, ut ſæpe fit, auctum fuerit. Adſtruendæ huic interpretationi operæ pretium eſſet, latius inhærere, ni factum id eſſet *in Prælect. ad Tit. ff. de Condict. Tritic. n.* 3. *& ſeqq.* ubi in anteceſſum removeri velim à ſtatu hujus controverſiæ ſatis intricatæ, poſitiones inde alienas; ne opus ſit tot diſtinctionibus & ſubdiſtinctionibus, quas in Bartolo reprehendit *Anton. Faber*, qui tamen *præciſum*, hujus loci *de puncto* intellectum, non liberat incommodis ſupra demonſtratis, nec quod ſubruendæ huic æquiori expoſitioni faciat, attulit quicquam.

Paulus Lib. xxix. ad Edictum.

Sicut autem voluntatis & officii magis, quàm neceſſitatis eſt commodare: ita modum commodati, finemque præſcribere, ejus eſt, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, (id eſt, poſtquam commodavit) tunc finem præſcribere, & retrò agere, atque intempeſtivè uſum commodatæ rei auferre, non officium tantùm impedit, ſed & ſuſcepta obligatio inter dandum accipiendumque; geritur enim negotium invicem. Et ideo invicem propoſitæ ſunt actiones: ut appareat, quod principio beneficii, ac nudæ voluntatis fuerat, converti in mutuas præſtationes, actioneſque civiles. Ut accidit in eo, qui abſentis negotia gerere inchoavit. Neque enim impunè peritura deſeret. Suſcepiſſet enim fortaſſis alius, ſi is non cœpiſſet. Voluntatis eſt enim, ſuſcipere mandatum: neceſſitatis, conſummare. Igitur ſi pugillares mihi commodaſti, ut debitor mihi caveret; non rectè facies, importunè repetendo. Nam ſi negaſſes, vel emiſſem, vel teſtes adhibuiſſem. Idemque eſt, ſi ad fulciendam inſulam tigna commodaſti, deinde protraxiſti: aut etiam ſciens vitioſa commodaveris. Adjuvari quippe nos, non

Digitized by Google

non decipi beneficio oportet. Ex quibus cauſis etiam contrarium judicium utile eſſe dicendum eſt. l. 17. §. 3. Commodati.

1. Philoſophiam hujus loci quidam uſque adeò intenduńt, ut Commodatum à commodante priuſquam tempus, aut finis initio contractus adjectum aut expreſſus, fuerit impletus, vel impletum, repeti nōn poſſe ſtatuant; etſi commodator idem incommodum vel detrimentum, ſi re careat, eſſet paſſurus, quod commodatarius ex intempeſtivâ repetitione ſit habiturus. Contra quam ſententiam & quaſi contra hanc *l. 17. §. 3.* diſputat Molina, *de Juſt. & jur. tom. 2. diſp. 294.* Leſſius *de Juſt. & Jur. l. 2. c. 27. Dubit. 5.* & ſecundum illos D. Vander Muelen *part. 3. de jur. Poli. cap. 38.*

2. Sed magis eſt, ut nec Paulum ab ipſorum ſententiâ putem eſſe alienum. Negat enim arbitrariam duntaxat repetitionem, pro lubitu commodantis; quemadmodum fit in Precario; In quo valet hæc ratio: *Naturâ æquum eſſe, tamdiu te uti liberalitate meâ, quamdiu ego velim, & ut poſſim revocare, cum mutavero voluntatem l. 2 §. 2. d. Precar.* Sed in Commodato negotium geritur, & hoc agitur, ut uſus rei ad certum finem, modum ac tempus alteri concedatur, *hac l. 1. §. 7. & l. ult. h. t.* in tantum, ne fraus fiat beneficio conceſſo, ut Paulus inculcat: Non etiam, ut Commodator re ſuâ, non fictè, ſed verè indigens eam revocare nequeat: hoc enim cum locator facere poſſit *l. 3. C. Locati* & Procurator in Mandato *l. 8 in fin. l. 9. & 10 l. 17. in fin. cum ll. ſeqq. a. Procurator*, cum quo mandato Paulus hic Commodati obligationem comparat, non videtur eſſe dubitandum, quin idem jus in Commodato, ſine dolo & ex verâ domini indigentiâ, locum invenire debeat: Nec aliud tacito partium conſenſu inde ab initio actum videri poteſt, ut ſaltem *importuna* repetitio, & talis, quâ decipiatur amicus potius quam adjuvetur, vetita intelligatur.

3. Obiter; Antonius Faber delet in hoc textu vocem *Mandatum*, quia de Negotiorum geſtione propoſitum fuit exemplum, in quo deſinere convenit orationem, ut πρότασις ac ἀπόδοσις inter ſe congruant: haud abſimilis oratio illi, quam habuimus ad *l. 4. in pr. ad L. Aquil.* ubi πρότασις fuerat de Aquilia, & ἀπόδοσις eſt de Cornelia, quam & ibi Lectionem mutandam volebat Vir Cl: Sed forte neceſſitas hic nihilo major eſt quam ibi; Cum enim Faber ipſe concedat, in mandato idem hac parte juris eſſe, quod eſt in Negotiis geſtis, argumentum ab uno ad alterum, ſine noxa commutari poteſt; præter quod, res adeo ſunt adfines, ut quemadmodum Procuratio, quæ mandato fit, & defenſio, quæ mandato caret, (eodemque modo ſe habent erga ſe invicem, quo Mandatum extra litem & Negotiorum geſtio) promiſcuè accipiuntur, ita & hos terminos in prædicato communi, promiſcuè ſumi, non videri poteſt inſolentius.

Afri-

Digitized by Google

Africanus Lib. VIII. Quæſt.

Rem mihi commodaſti, eandem ſubripuiſti, deinde, cum commodati ageres, nec à te ſcirem eſſe ſubreptam, judex me condemnavit: & ſolvi. Poſtea comperi, à te eſſe ſubreptam. Quæſitum eſt, quæ mihi tecum actio ſit: reſpondit, furti quidem non eſſe, ſed commodati contrarium judicium utile mihi fore. l. 21. in pr. Commod.

1. Juſtior eſt Autumni ad hanc L. cenſura, quam ad *l.* 5. §. 10. *h. t.* cujus argumentum à quovis Lectore ſine difficultate refelli poſſe credens, omittendum putavi. Sed hic, *etſi me movet*, inquit, *ratio & auctoritas Africani tantæ exiſtimationis, & diſertiſſimi Juriſperiti, dominum tamen in* ſpecie hujus Legis, *furti actione teneri puto.* Argumentum petit I. *ex l.* 12. §. 2. *d. Furt. ubi; Sed & ſi res pignori data ſit, creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis ejus res non ſit. Quin imo non ſolum adverſus extraneum dabimus, verum & contra ipſum quoque dominum furti actionem.* Si dominus rei ignoratæ Furti tenetur ob ereptam poſſeſſionem Creditori, qui dominus non eſt: Cur non æque Dominus rei commodatæ Furti teneatur ob ereptum uſum rei Commodatario, licet hic Dominus rei non ſit? II. argumentum eſt ex *l.* 10. & *l.* 11. *d. Furt.* Actio furti datur omnibus, quorum ex honeſtâ cauſâ intereſt. Quod de Commodato certe negari non poteſt. III. Autumni argumentum, de Calumnia & malitiâ domini, ad furti Actionem, non concludit: nec enim omnis calumnia & malitia Furti reum facit. Sed meliore poterat uti argumento ex §. 6. *I. de Obl. ex del.* & *l.* 5. §. 8. *h. t.* hoc modo; Qui aliter utitur re commodatâ, quam convenit, hic non modo Commodati, ſed etiam Furti tenetur. Ergo viciſſim dominus uſum rei commodatæ quem tranſtulit, nec auferre poteſt *l.* 17. §. 5. *h. t.* eripiens, Furtum uſus committit, quod & in definitione Furti commemoratur §. 1. *d. tit. I.* Adde, quod is, qui à filio vel procuratore meo ſciens, me nolente, accepit commodatum, furti reus eſt *l.* 14. *h. t.* IV. argumentum; Qui ſciens indebitam pecuniam accepit, is Furtem committit *l.* 18. *d. Condict. Furt.* At hic dominus commodator pecuniam, pro re, quam ipſe ſurripuerat, indebitam accepit: meritoque pro fure improbiſſimo habetur. Hæc argumenta, licet à Fabro ne quidem inter rationes dubitandi relata, minime ſpernenda ſunt. Nec temere Autumnus Cenſuram ſuam ita concludit; *Antiquæ ergo ſubtilitatis ludibrium* moribus noſtris *extulimus.* A quo tamen diſcrepat, rarus ab Autumno diſſentiendi Groenewegius, qui moribus hodiernis furti crimen non imputari talibus factis probat, etſi forte non ſatis accuratè, ut jam demonſtravimus ad *l.* 18. *d. Condict. furt.*

2. Sed pro Juris Communis doctrinâ, merentur objectæ rationes, ut reſpondeatur. Ad I. Furtum poſſeſſionis committitur à domino rei pignoratæ, qui pignus eripit creditori ſuo; quoniam hic jus in re conſtitutum habuit, ex quo comparata fuit ipſi actio in rem: Sed tale jus in Re non habuit Commodatarius, cui nonniſi uſus rei tranſitorius fuit conceſſus, quem una cùm rei detentione amiſit; Ex quo à Creditore ad Commodatarium non valet argumentum. Ad II. non habet infinitam vim hæc regula, Furti agit, cujus honeſtâ ex

cauſa intereſt; Dantur enim exceptiones *l. 49. d. Furt.* & quidem hi, quibus incumbit rerum cuſtodia, tunc habent actionem Furti, quando per amiſſam cuſtodiam ipſi domino rei tenerentur *l. 14. §. 10. & ſeqq. π. d. Furtis*, quomodo ſane Commodatarius non tenetur domino rei commodatæ, quia ipſe rem huic intempeſtivè ſubduxit. Quo reſpectu nec Creditor quidem Furti actionem haberet adverſus dominum, niſi jus in Re acquiſiviſſet. Ad III. Furtum Uſus committit is, qui rebus alienis aliter quam convenit, utitur: non etiam qui ſuis rebus, contra fidem alii datam; utitur: hic quidem ex perfidiâ in contractu admiſſa tenetur, quod actione commodati luitur: ſed ad maleficium per ſe conſtituendum non ſufficit. Ad IV. Non accepit hoc caſu dominus indebitam pecuniam; accepit eam ex re judicata; Quæ etſi male parta, judice decepto, ut hic uſu venit, non parit tamen condictionem indebiti, quia proxima cauſa debiti, ſententia ſcilicet, vera eſt *l. 1. C. de Condict. Indeb.* & Res judicatata pro veritate habetur *l. 19. d. Stat. hom.* Sic in eo res deſinit, ut nihil quam Actio Commodati ad vindicandam perfidiam, in id quod intereſt, detur: Eaque res moribus hodiernis non habet dubium; quia privatis nullam, niſi in id quod intereſt Actionem, contra fraudes & machinationes improbas dari conſtat. Etſi in tantum ab Autumni Cenſurâ non abhorream, ut tam inſignem improbitatem ad Stellionatum referri & à Magiſtratu, ex officio, vel à Procuratore Fiſci gravius accuſari & puniri poſſe, non putem eſſe dubitandum.

Pomponius Lib. xxxv. ad Sabinum.

Si annua, bima, trima die triginta ſtipulatus, acceperim pignus, pactuſque ſim, ut, niſi ſua quaque die pecunia ſoluta eſſet, vendere eam mihi liceret: placet, antequàm omnium penſionum dies veniret, non poſſe me pignus vendere. Quia eis verbis omnes penſiones demonſtrarentur. Nec verum eſt, ſua quaque die non ſolutam pecuniam, antequam omnes dies venirent. Sed omnibus penſionibus præteritis, etiam ſi una portio ſoluta non ſit, pignus poteſt venire. Sed ſi ita ſcriptum ſit, Si qua pecunia ſua die ſoluta non erit, *ſtatim competit ei pacti conventio. l. 8. § 3. d. Pigner. act.*

1. Groenewegius *ad h. l.* Si annua, bimâ, trimâ die triginta ſtipulatus, acceperim pignus, pactuſque ſim, *ut niſi ſuâ quâque die pecunia ſoluta eſſet, eam mihi vendere liceret*, antequam omnium penſionum dies veniret, pignus vendere non poſſum: ſed ſi ita ſcriptum ſit, *ſi qua pecunia ſuâ die ſoluta non erit*, ſtatim mihi competit pacti conventio *hic*. Quam Romani Juris ſubtilem verborum differentiam, à morum noſtrorum ſimplicitate alienam eſſe, idcoque in utroque caſu, antequam omnium penſionum dies veniret, pignus vendi poſſe, cenſeo. *Sic Groenewegius Cenſor.* Atqui ſimplicitas ſenſus communis & orationis proprietati conveniens, æquè fundamentum eſt Juris Romani, quam hodierni; & ſi cum illâ non conveniant Arti poſitiones, eas non valere dicendum eſt. Antonius Faber Juris Conſulto patrocinatur, eumque explicat, ita ut fatear, aliquanto minus inde mihi liquere, quam ex ipſo Pomponio. Faciamus igitur, quod ſoliti ſumus; Ipſum intueamur textum, & mentem ejus in ſenſum popularem eliciamus. Quod ita commodiſſime fieri poſſe videtur, ſi formulas JurisConſulti non modo popu-

Digitized by Google

popalariter, ſed etiam vernacule exponamus, bonâ cum Lectoris venia. Quod enim Eloquentiæ Profeſſores Latinæ, quos ego quidem audivi, Freinshemius & Boclerus, quod Salmaſius & Gronovius olim, quod hodieque Viri Clariſſimi agunt, ut in ſcriptis Veterum explicandis; idiotiſmo utantur vernaculo, reverentiâ Latinitatis, ut ajunt, Moti, ne familiari ſermonis tritura vexent eam & corrumpant; id nobis aliquando, planioris & ſimplicioris in re populari explicationis cauſa committere, fas cenſeo. Sic igitur eſt Factum; Venditus eſt fundus triginta vel tribus millibus, annua, bima, trimâ die, op drie termijnen / of dagen / ſub pignore; cum pacto, *ut niſi pecunia ſua quáque die ſolvatur*, pignus Venditori liceat deſtrahere: Soo verre de koop-ſchat op yder dach of termijn niet werde betaelt. Quæritur, an prima vel ſecunda penſione non ſoluta, pignus vendere liceat. Pomponius negat; omnium penſionum dies tranſiiſſe oportet, antequam venditio Pignoris jure fieri poſſit. Aliter, ac ſi ita ſit pactum; *Si qua pecunia ſua die ſoluta non erit*, quod ita verto; Soo verre eenig termijn op ſijn tijdt niet werde betaelt. In priore formula, pactum ſe refert ad omnem pecuniam de geheele koop-ſchat; Videlicet in caſum, ſi hæc ſoluta non fuerit, omnis ſcilicet, ſuâ quaque die, ſicut empta res eſt. Hoc autem priuſquam omnes ceſſerint penſiones, ſciri non poteſt. Verba *Sua quáque die*, videntur quidem eſſe diſtributiva; ſed relata ad *pecuniam* ſimpliciter, id eſt, omnem (Indefinita enim ſunt generalia) non niſi vim habent collectivam. Sed hæc locutio; *Si qua pecunia*; eſt particularis, ac ideo, τὸ *ſua die*, particulariter accipiendum eſt; de ſingulis penſionibus. Hæc ejusmodi ſunt, ut nec hodie à Judicibus noſtris aliter intellectum iri exiſtimem; & Groenewegii magis quam Pomponii judicium arguere videantur.

Ulpianus Lib. XXXVIII. ad Edictum.

Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipſum, & emptorem, ut, ſi ſolverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem ſuam: ſcripſit Julianus, & eſt reſcriptum, ob hanc conventionem pigneratitiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adverſus emptorem. Sed & ipſe debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione adverſus emptorem agere. l. 13. in pr. d. pignerat. act.

1. Antonius Faber ultimum hujus principii verſum, *ſed & ipſe debitor &c.* cenſet à manu eſſe Triboniani, repugnantem ſolidæ veterum Jurisprudentiæ, imo principiis Artis, ut hæc etiamnum eſt. Ita jam centies inculcans, Tribonianum fuiſſe tyronem in Juris ſcientiâ; quem Suidas & Procopius hoſtes ejus profeſſi Virum ſui temporis eruditiſſimum vocant. Cedo quibus in diſciplinis? Mathematicis, credo, & metaphyſicis, non Artis in quâ verſabatur, & quam profitebatur. Quid de Triboniano! Theophilus, Dorotheus, & ſi qui alii Anteceſſores, adhibiti ſunt in Pandectis digerendis, identidem, ſi quid addere voluerunt, in notiſſima & certiſſima Juris fundamenta impegerunt; Nam ego Tribonianum Juſtinianæi Imperii primum Summumque miniſtrum, nihilo plus quam auctoritatem curamque ſummariam tanti laboris occupationi præſtitiſſe

tiſſe crediderim. Ad operam vero ipſius doctrinæ homines, credo, indoctos & juris imperitos adhibuit? At hoc eſt præjudicium, dicet Faber; argumenta rerum loquantur, oportet: Ego probo hanc clauſulam eſſe alienam à Juris principiis. Audiamus: Sunt enim talia, non jam εἰρωνικῶς, propter quæ Vadimonium deſeri poſſit.

2. Creditor, etſi non eſt dominus pignoris, hoc tamen vendere poteſt, ordine juris ſervato, quem hic fuiſſe obſervatum nihil eſt quod arguat, docente Juſtiniano in §. 1. *Inſt. Quib. alien. alc. vel non l. 4. b. l* 11. *C. de diſtract. pign. l.* 46 *d. A. R. D.* Unde igitur rei vindicatio, quæ non niſi domino competat *l.* 23. *in pr. d. R. V.*? Pactus eſt creditor ſane, ut, ſi debitor emptori pretium reſtitueret, ei rem ſuam recipere liceret. *At quis unquam audiit*, Faber, *vindicationem ſive directam, ſive utilem naſci ex pacto, cum è contrario proditum ſit, naſci eam ex præſenti poſſeſſione l. non alias* 24. §. *ſed ſi poſ uletur d. Judic. l. un. C. de Alien. jud. mut. cauſ.*? Quid hoc ad rem? Præſens poſſeſſio eſt quidem fundamentum vindicationis à parte rei, non à parte actoris, de quo hic quæritur. Rectius igitur addit; Vindicationem dari contra eum, qui nullo modo obligatus eſt §. 1. I. *de Action.* Hic autem emptor ex obligatione tenetur, quæ nihil ad Vindicationem, quæ dominium vel jus in Re conſtitutum requirit. Præterea, non poteſt fieri, ut alii per alium obligatio acquiratur, ut ſuprà *ad l. 9. d. Reb. Cred.* habuimus, multo minus ex pacto alterius alteri actio quæritur, quod hic fieret, ex pacto Creditoris debitori *l.* 22. *C. de Donat. l.* 11. *l.* 21. *C. de pact. l.* 11. *d. O. & A.* Quid porrò neceſſe erat, ſcribi à Juliano & reſcribi ab Imperatore, per hujusmodi conventionem pignoratitiis actionibus teneri Creditorem, cui ſoli actio ex pacto ſuo comparata eſt, ut debitori mandet ex vendito actionem adverſus emptorem; ſi poterat ille agere ſuo jure ac citra ceſſionem, vel vindicatione, vel in factum, ut hæc vult clauſula? Hæc & plura Faber adſtruendæ Cenſuræ.

3. Sed etſi hæc ratio Juris ſit ordinaria, non dari è conventione Vindicationem, multò minus ex alterius conventione dari vindicationem alteri, tulit tamen uſus rerum & progreſſus Artis, ut Pacta quædam reſolutiva Traditionibus adjecta darentur, quorum ea vis eſſet, ut ſi fieret, quod conventione placuerat, dominium retro actum & pro non translato haberetur, quale eſt pactum, ſive Lex Commiſſoria *l. ult. d. Lege Commiſſ. in verb ut à venditrice vindicari debeant, ex conventione Venditoris*; cum antea dominium eſſet translatum, per *l. 1. & 2. eod.* Tale etiam eſſe pactum de Retro Vendendo, prorſus ſimile commiſſorio, defendimus in *Prælect. ad tit. de Reſcind. Vend.* A quo nihil diſcrepat hoc pactum de re debitori reſtituenda, ſi pretium rurſus obtulerit emptori. Hoc enim facto, *in priſtinam cauſam res redit, reſolutâ venditione*, quemadmodum Paulus ait *in l. 10. in fin. Quib. mod. pign. ſolv.* de caſu, quo à venditione pignoris receſſum eſt, contrariâ conventione Creditoris & emptoris. Ac ita res ipſo jure, ſine alio facto vel juris remedio, redit in dominium debitoris. Quod è Martiano firmatur in *l. 7. §. 1. d. Diſtract pign.* ubi; *Si pignus ita venierit, ut, ſi intra certum tempus à debitore ſoluta fuerit pecunia, emptio reſcindatur, intra illud tempus pecuniâ ſolutâ, recipit hypothecam.* Quod enim Faber eo ſe proripit audaciæ, ut hunc etiam locum à Triboniano cor-

Digitized by Google

corruptum eſſe adfirmet, apud nos tanti eſſe non debet, ut quod omnes Juriſperiti hanc pacti ſpeciem reſolutivam, per quam res in priorem ſtatum redit, agnoſcunt, adſpernari oporteat, & ſimul Juris corpus ab homine conjecturis ſuis impotenter indulgente, proſtitui & dehoneſtari patiamur. Hoc autem obtento, ut recuſari non poteſt, argumenta Fabri ultro evaneſcunt: inter quæ & hoc. Quod ex conventione non detur rei vindicatio, multo minus alteri ex alterius conventione. Nec enim conventionem ſtatuimus eſſe cauſam Vindicationis; ſed reſolutæ emptionis venditionis, non ſecus ac ſi contrario conſenſu reſoluta fuiſſet: Quo facto dominium redit ultro ad dominum priorem, qui fuit debitor, ut in *d. l.* 10. unde ſponte jus vindicandi ad eum revertitur, non jam ex conventione, ſed è dominio per conventionem reſtituto. Ad Inſtantiam Fabri, quod hac viâ nihil opus fuerit Ceſſione, quam Ulpianus & Imperator dederunt; ſciendum, primitus & naturaliter Creditori ex ſua conventione ſive pacto venditioni adjecto, dari actionem venditi, quam cedere tenetur Debitor, hanc enim eſſe propriam conventionum naturam, non poteſt negari *l.* 20. *C. de Pact.* Sed diſputationibus Juris Conſultorum & utilitate civium res co deducta fuit, quemadmodum Jura creſcunt, & actiones directæ ad utiles producuntur, ut quædam pacta reſolutiva, cum tali effectu reciperentur. Idcirco Ulpianus cum eo quod directe, proprie & αὐθεντικῶς competit, etiam quod utiliter ac indirecte in uſum fori introductum eſt, commemoravit. Hæc ſi bene percipiantur, de actione in factum quæ additur, & quæ datur ex æquitate, quoties ordinarii actionum termini deficiunt, nihil eſt quod laboremus, nec in eam Faber criſin ſuam jactat, etſi pariter cum vindicatione illam exterminat, inclementer & ὑπερκριτικῶς.

Ulpianus Lib. xxxviii. ad Edict.

Venit autem in hac actione & dolus, & culpa, ut in commodato: Venit & cuſtedia, vis major non venit. l. 13. §. 1. *d Pigner. act.*

1. In §. 1. ejuſdem legis, quem huic loco præſcripſimus, nihil invenit difficultatis Faber, quem alii Juris fundamentis non minus adverſum putant, quam Fabro videtur ejuſdem Legis principium, quod habuimus. Ut illi quidem ſine emendatione Textum nullo modo conſiſtere poſſe opinentur. Hanc emendationem Vir Cl. in *lib.* 1. *Probab. Jur. cap.* 4. ſuppeditat elegantem & modeſtam, quæ ingenio & probabilitate ſuâ, ſicut laudem, ita plenum quoque adſenſum mereretur, niſi obſtaret ἀξίωμα; non eſſe concedendum in emendationes textus Florentini, quibus recta & Juridica non deſit interpretatio; Sicut huic loco deeſſe non videtur. Nam quæ hic eſt Ulpiani poſitio, ejus æquipollentem habet Gajus *in l.* 18. *in ſ. pr. Commodati.* In Commodato, inquit, *ita culpæ ſit æſtimatio, ſicut in rebus pignori datis.* Verte ſis regulam: In rebus pignori datis, ita culpæ ſit æſtimatio, *ut in Commodato:* Et habebit *hujus* §. 1. poſitionem. Uterque enim Contractus vel utriuſque, vel unius gratiâ contrahitur: hoc intereſt: Commodatum plerumque eſt ſolius Commodatarii, aliquando utriuſque gratia, ut exemplo docetur in *d. pr. l.* 18 Pignus plerumque in utrinſque utilitatem; ali-

 quan-

Digitized by Google

quando in ſolius Creditoris gratiam; cum ille non poſſit repetere creditum, ut ſæpe uſu venit, debitor ei tamen, pignore dato, gratificetur & ſecuritatem addat. Proinde, cum par utriuſque contractus in eâ parte, quæ culpæ regit præſtationes, ratio ſit: non poteſt fieri, quin eadem in ſummâ regula utrique præſcribatur. Huic ſimilitudini conſentaneum fuit, ut moneret Ulpianus, quemadmodum facit, in pignore *Cuſtodiam* quoque præſtari, id eſt exactiorem, quam in ſuis rebus diligentiam, quoties ad Commodati ſimilitudinem redigitur, ut hic conſideratur, quatenus in ſolius creditoris gratiam eſt comparatum. Enimvero ſi quis uſum habere putet nullum aut rariſſimum, ut ſolius ulilitatem Creditoris Pignus contineat, is velim hoc quod diximus, cogitet, evenire crebro, uti creditor aut fidejuſſor exigere vel liberari neque poſſit, neque debitorem ullo urgere queat incommodo, hac causâ; qui tamen ſi in animum inducat, ei pignus dare, nonniſi in ipſius utilitatem id facere videri poſſit. Laudabimus igitur magis quam ſequemur hanc alioquin elegantiſſimam emendationem, quæ concepta fuit hoc modo: *Venit autem in hac actione & dolus & culpa: at in commodato venit & cuſtodia. Vis major non venit.* In qua emendatione hoc etiam minus eſt commodum, quod de Commodato principaliter ageret locus, qui de Pignore datâ opera tractat & præcipit. De rationibus in utramque hujus quæſiti partem cæteris, aliorumque interpretationibus nihil amplius, ut in medium proferamus neceſſe videtur, adſtructa loci juridica ſententia, quæ reliquas in utramque partem occupat ratiocinationes.

Ulpianus Lib. xxx. ad Edict.

Si, pignore ſubrepto, furti egerit creditor: totum quidquid percepit, debito eum imputare Papinianus confitetur. Et eſt verum, etiam ſi culpa creditoris furtum factum ſit, multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex condictione conſecutus eſt. Sed quod ipſe debitor furti actione præſtitit creditori, vel condictione, an debito ſit imputandum, videamus: & quidem non oportere id ei reſtitui, quod ipſe ex furti actione præſtitit, peræque relatum eſt, & traditum. Et ita Papinianus libro nono quæſtionum ait. l. 22. in pr. d. Pignerat. act.

1. Cenſura Autumni ad hanc Legem ſupervacua eſt, ait Groenewegius *hic*, Adſtipulator ejus adſiduus, quia creditor, pignore ſurrepto, furti agens, nihil amplius quam ipſam rem, aut id quod intereſt ſua, conſequitur *arg.* §. 5. & 6. *Inſt. de Oblig. ex del.* Atqui hoc modo ſupervacua eſſet Cenſura quidem, reſpectu uſus forenſis; ſed de illo hic non agitur, cum in terminis Juris Romani verſemur: Nec tamen de Uſu id omnino verum eſt. Nam & de eo quod intereſt, quæri poteſt, utrum hoc Creditor lucrari, an credito ſuo ad exonerandum debitorem imputare debeat, quod Ulpianus ex confeſſione Papiniani adfirmat. Ego aliter Autumni Cenſuram puto eſſe ſupervacuam, eo quod nihil aliud reprehendit, quàm quod hæc Ulpiani & Papiniani ſententia ſit abrogata, per Conſtitutionem Juſtiniani *in l. ult.* §. *ſed. cum* 3. *C. de Furt.* ubi narrat, hoc ſe facere juxta poſteriorem Papiniani ſententiam, quem hac in re variaſſe ait, ut ali-

Digitized by Google

aliquando excellentiſſimi Virum ingenii feciſſe conſtat, ſine periculo exiſtimationis & doctrinæ ſuæ. Verum ego rurſus Autumni Cenſuram dico eſſe ſupervacuam; primò, quia non poteſt Cenſuram mereri Lex Pandectarum, ideo, quia ſtatuit aliud quam jus recentius in Codice dictet; niſi valde tralatitiam, ex eo quod Juſtinianus caput Legis à ſe abrogatum in Pandectas retulerit; quæ tamen biennio poſt Conſtitutionem *d. l. ult.* Lampadio & Oreſte Conſulib. Kal. Septembr. *anno* 530. ſuit edita, cùm Pandectæ ſint editæ menſe Decembri *anno* 532. Hoc enim eſt παρόραμα potius, quam ἁμάρτημα, ut Cujacius loquitur, *oblivio magis quam peccatum*, quâ de re dabitur alia commodior occaſio. Sed etiam exiſtimo, falli Autumnum, quod ſententiam *hujus l.* 22. putat abolitam eſſe *in d. l. ult.* Quoniam hæc unice de Commodato loquitur, *L.* 22. ut hic eſt, de pignore. Novum autem jus ultra terminos novis Legibus expreſſos haudquaquam extendendum eſſe, ratio & utilitas publica & obſervantia communis adfirmant. Autumnus à ratione, quâ Juſtinianus *in d. l. ult.* de commodato, utitur, argumentum ducit ad pignus; quod ubi periculum eſt, ibi & lucrum ſit collocandum. Quam fallax autem argumentatio ſit, ex ratione, quæ diverſis facti ſpeciebus æque conveniat, compertum eſt: utique, ſi ratio diverſitatis aliunde ſit in promptu, quemadmodum hic ſe prodit. In favorem enim debitorum, qui in anguſtiis rerum ſuarum, pignoribus datis, fidem quærere & pecunias occupare coacti ſunt, ſingularia eſſe recepta, ſatis conſtat: Adde, quod creditori fas non ſit, plus quam crediti ſecuritatem, ex re pignorata colligere; ſecus ac Commodatarius *in d. l ult.* & Conductor *in l.* 6. *Locati*; quàm Autumnus cenſor æque per *l. ult.* autumat abrogatam eſſe, rurſus perperam, etſi ratio *l. ult.* ad hanc quoque ſpeciem accomodari poſſet. Et mihi quidem Ulpianus *in h. l.* 22. propterea Confeſſionem Papiniani arguere videtur; quod etſi de Commodato ſecus ille, mutatâ ſententia, ut indicat Juſtinianus *in d. §. ſed cum*, ſcripſiſſet, de Creditore tamen aliud confiteri debuerit. Teneamus igitur, Creditorem quicquid à fure pignoris adeptus ſit, hoc cum credito principali imputare, niſi quid damni proprii, à crediti cauſâ alieni paſſus eſſet; hoc enim ſine dubio retineret.

2. Partem alteram Legis Autumnus non attigit; ut pote, cujus ſententiâ nihil eſt æquius; ſcilicet, domino & debitori non eſſe præſtandum in diminutionem debiti, quod ipſe Creditori ex furto à ſe commiſſo praſtiterit. Bene, quod ad Furti actionem pœnalem, ſed verba *vel Condictione* Antonius *Faber* exiſtimat, non eſſe Ulpiani, ſed interpretis, eâ nunc uſus æquitate, Triboniano ut parceret. Ab alio cenſet adjecta eſſe verba, quæ jam olim in textum & in ipſum exemplar Florentinum, quo nullum antiquius, irrepſerint. Ratio eſt, quod condictio furtiva detur domino *l* 1. *d. Condict Furt.* Creditor autem non ſit dominus. Ergo nec condictio furtiva, quæ hic illi adſcribitur, ei convenire poteſt. Ad inſtantiam, quod incerti condictio detur etiam non domino, & nominatim Creditori de pignore ſurrepto *l.* 9. *ult. d Condict. Furt.* reſpondet, etſi condictio detur non eſſe tamen, ut detur adverſus dominum, quod hic ſtatuendum eſſet, idque, ſe probaſſe pluribus ait *in Decad.* 81. *Err. Pragm er.* 3. & 5. Sed banc ejus opinionem eſſe tam certam, ut propter eam textus expreſſe contrarium adfirmans ſit mutilandus, diſputando ille difficulter evincet. Cur enim poſt hanc poſitio-

Digitized by Google

poſitionem, quod debitor & dominus pignoris, Furti actione teneatur Creditori, qui non eſt dominus, ſtatuere non liceat eundem habere condictionem furtivam, quæ ſemper, ubi eſt actio furti, competit, & hæc mitior eſt, adverſus eundem etſi dominum? Condictio incerti, inquam, hoc eſt, poſſeſſionis & ejus quod intereſt. Quid enim vetat hoc eum conſequi, ab eo qui furti tenetur, etſi domino? De ipsâ re non poteſt eſſe difficultas. Maneant igitur & hæc verba *vel condictione*; quia licet abeſſe poſſent, cum tamen adſint, nihil rationi juris adverſum continent. Qui poſſeſſionem rei pignoratæ cum præſtare deberet, eam ſurripit, non modo nihil eſt, quod impediat illum in id quod intereſt teneri nec id recuperare poſſe, quod omnia ſuadent & poſtulant.

Ulpianus Lib. xxx. ad Edictum.

Eleganter apud me quæſitum eſt; ſi impetraſſet creditor à Cæſare, ut pignus poſſideret, idque evictum eſſet; an habeat contrariam pigneratitiam. Et videtur finita eſſe pignoris obligatio, & à contractu receſſum. Immo utilis ex empto accommodata eſt: quemadmodum ſi pro ſoluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei ſatisfiat, vel in quantum ejus interſit. Et compenſationem habere poteſt creditor, ſi fortè pigneratitia vel ea alia cauſa cum eo agetur. l. 24. in pr. d. Pignor. act.

1. Totam hanc Legem Faber Ulpiano indignam & Tribonianæam, excepto §. *ult.* eſſe putat, *hic in Rational.* & *poſtr. dec. chil de err. pragm.* Item in Cod. *Fabr. tit. de Evict. n.* 26. ubi quædam dicta & allegata retractat *hic*, ut errone è ſcripta *ſub n.* 26. è verbis, *ſed longe inelegantior*, uſque ad verſum *ſed reſponſio*; quod jus quemque in ſua ſcripta habere, nonniſi Criticus ſingularis & calumniator improbet. Videtur autem Faber habuiſſe Ideam Tribonianiſmi peculiarem, ut quod nemini in mentem venit, tam audacter ut Tribonianæum & ſpurium à geminis Veterum dictis ſecernat: aliquanto plus ſibi juris in Pandectas, quam Ariſtarchum olim in Homerum feciſſe accepimus, arrogans Is enim voces & verſus ſpurios damnabat, hic integras paginas eliminat. Etſi autem moles operis noſtri hiſce Fabri cenſuris admodum creſcit, eas tamen omittere, propter ingenium & auctoritatem Viri, & rationes ejus Autumnianis & Groenewegianis, multo acriores, integrum non eſt. Non repetimus præjudicia, quod credibile non ſit, Triboniano volupe fuiſſe laborem immenſum, ab Imperatore ſibi & Collegis injunctum, redigendi in Compendium tot voluminum millia, idque è triginta novem, æmulis ſæpe ſtudiis & ſectis, Auctoribus, augere ſupervacuo labore ſcribendi novos, ſub nomine veterum JurisConſultorum, commentarios, ſeque non modo poſteritatis execrationi, ſed etiam ſui ſeculi eruditorum, qui ſcripta JurisConſultorum authentica in manibus habebant, exponere ludibrio & falſi opprobrio. Sed videamus rationes: Ulpianus, *ait*, non ſcripſiſſet ita; *Eleganter apud me quæſitum eſt*, ſed ita ſimpliciter, *quæſitum eſt à me.* Ego; quid hic amplius eſt in τῷ *eleganter*, quam *in l.* 23 *pr. d. Condict. Indeb.* ubi Ulpianus, *Eleganter Pomponius quærit*? Nec enim ſibi *hic* elegentiam, ſed quærentibus adſcribit, ut *in l.* 23. Pomponio. Cur *apud me* non ſcripſiſſet

Ul-

Ulpianus? an minus Latinum hoc, quo nihil magis eſt? Fuerit hic caſus fictitius, ut Faber, arguit, an tales caſus apud Juris Conſultos in diſputando non fuiſſe propoſitos putemus qui ex Athenæo novimus, Ulpianum in hoc genere domi & in conviviis, adſiduum; fuiſſe, diſputare de ſenſu Legum quod ſine caſuum poſitione fieri non potuit, quibus dicta Legum applicarentur; In quo genere, Ulpianum habuiſſe in ore creberrime, verbum hoc, Κεῖται; *ſic eſt in textu*, vel *in caſu*. Rurſus οὐ κεῖται, *non eſt ita in lege:* Unde nomen ei à ſcurris inditum refert Athenæus, ut Κειτούκειτος vocaretur.

2, Pergit *Faber*, Male ſcriptum eſt, *ut pignus poſſideret*; Ulpianus dixiſſet *poſſideret jure dominii*; Id enim à Principe impetratur *l.* 1. 2. *&* 3. *C. de jur. dom imp.* Quaſi Tribonianus id ignoraſſet; jus vulgatiſſimum, & JCti non amarent concise loqui intelligentibus; Imo & Prætor ita loquitur in Edicto *de Damno infecto. Eum cui ita non cavebitur, in poſſeſſionem ejus rei, cujus nomine, ut caveatur, poſtulabitur, ire, cum juſta cauſa eſſe videbitur, etiam POSSIDERE jubebo l. 7. in pr. d. damn. infect.* Quod verbum ibi ſignificat *dominum conſtituere*, ut noſter Ulpianus id explicat in *l.* 15. §. *Julianus in fin eod. tit.* Ineptius eſt quod Faber imputat Triboniani inſcitiæ, quia ſcripſit; *& finita videtur eſſe pignoris obligatio.* Scribere debuit; inquit, & ſcripſiſſet intrepidè Ulpianus, *finitam eſſe pignoris obligationem.* Hoc vero mihi argumentum præbet in contrarium, hæc eſſe verè Ulpiani verba, quia mos eſt notiſſimus Veterum, magis quàm Triboniani, cui hoc minime tam familiare, cum aliquid enixe adfirment, dicere tamen, *ſibi videri*, quod adeo notum & tritum eſt, ut mirer in homine docto tantum ἀπειρίας Fabro. Nos ejus locutionis Uſum jam demonſtravimus ſuprà *ad l.* 31. *d. Legib.*

3. Non minus iniqua ſunt ea, quæ ad rem ipſam cavillatur. Quid enim planius eſt, quam evictâ re pignorata utilem ex empto actionem dari *l.* 4. *C. de Eviction?* Sed Faber imperite Tribonianum huc applicuiſſe *d. l.* 4. argumentum exiſtimat: *Quaſi vero, cum creditor à Cæſare impetravit, ut ſibi liceret jure dominii pignus poſſidere, dici poſſit, Contractum illum eſſe venditioni ſimillimum, qui tamen ne quidem Contractus eſt.* Spectat eo, quod in *d. l.* 4. fundus in ſolutum datus, & dein à creditoribus evictus fuerit, Cujusmodi in ſolutum datio ibi dicitur *emptionis venditionis obtinere vicem.* Atqui pignus etiam datur, ut pretium ejus, ſi diſtrahatur, in ſolutum cedat, & quando Princeps ejus dominium concedit, id unice in ſolutum fit: Ideoque ſumma eſt in utroque caſu paritas. Illa vero qualis eſt captio, quod ait Faber, conceſſionem dominii à Principe tactam non eſſe contractum? Eſt conceſſio & datio in ſolutum, facta vi primæ oppignerationis à domino & debitore in hunc finem contractæ; Et ejusmodi in ſolutum datio venditionis vicem obtinet, ut eſt *in d. l.* 4.

Digitized by Google

Ulpianus Lib xxx. ad Edict.

Qui reprobos nummos ſolvit creditori, an habeat pigneratitiam actionem, quaſi ſoluta pecunia, quæritur. Et conſtat, neque pigneratitia eum agere, neque liberari poſſe: quia reproba pecunia non liberat ſolventem: reprobis videlicet nummis reddendis. l. 24 §. 1. *d. Pignerat. act.*

Antonius Faber, qui ab initio hujus L. prædixit, ſe nihil hujus Legis ab Ulpiano ſcriptum putare, quam §. *ult.* nunc tamen in hoc § 1. nihil deſiderat, quam quod ultima verba ſint Triboniani, *Reprobis videlicet nummis reddendis.* Hoc ille contendit, non eſſe fas neque faciendum; ut nummi reprobi his, à quibus profecti ſunt, reſtituantur; quippe, quibus nunquam, niſi in alterius damnum ſint uſuri, ſicut de malis medicamentis, & venenis, & libris magicis, aliiſque hujuſmodi rebus damnatis ſcriptum eſt *in l.* 4. §. 1. *Famil. erciſc.* Itaque cum judex quilibet, boni & innocentis viri officio fungi debeat, protinus corrumpenda ſunt illa omnia, quorum uſus nonniſi malus eſſe poteſt, ut habetur *in d. l.* 4. §. 1. Hæc Faber. Ad quæ, ſi omnino faciendum eſt ita, quemadmodum ille diſſerit, ego dicam; hæc verba potius eſſe gloſſatoris alicujus, qui ad marginem illa notaverit, unde à librariis in textum recepta ſint, quam à Triboniano; cujus tempore non magis fuit licitum, reprobis nummis uti, quam Ulpiani ævo; cum Juſtinianus optimi regiminis auctor & commerciorum fautor fuerit. Et hæc conjectura probabilior eſt eo quod nonnimis concinnè, fateor, hæc ultima verba claudere periodum, & arceſſita videri poſſint. Neque tamen hoc ipſum dictu neceſſarium eſſe puto, nec rei, nec verborum cauſa. Non propter rem, quia nummi reprobi non plane ſunt inutiles, ut medicamenta exitialia, ſed conflari poſſunt à ſolvente; qui ne juſto valore illos expendat, jure publico & pœna falſorum ſatis prohibetur. Et ſane, ſi æs quaſi argentum dolo ſolutum nihilominus ſolventi reſtituendum eſt, ut tradit *L.* 50. *d. Solut* idem de nummis non probis nullâ de his exiſtente prohibitione, defendi poteſt. Denique, ſi omnia dicta, quæ nobis ſupervacua, vel minus apte connexa videantur, exſcindere velimus, valde, ne urendi & ſecandi finis nullus futurus ſit, metuendum eſt. Eſſe tamen *gloſſam* ſi velis, nec auctor ſim neque repugnem.

Ulpianus Lib. xxx. ad Edict.

Si vendiderit quidem creditor pignus pluris: quam debitum erat, nondum autem pretium ab emptore exegerit, an pigneraticio judicio conveniri poſſit ad ſuperfluum reddendum, an vero vel expectare debeat, quoad emptor ſolvat, vel ſuſcipere actiones adverſus emptorem; & arbitror non eſſe urgendum ad ſolutionem creditorem: ſed aut expectare debere debitorem, aut, ſi non expectat, mandandas ei actiones adverſus emptorem, periculo tamen venditoris. Quod ſi accepit jam pecuniam, ſuperfluum reddit. l. 24. §. 2. *d. Pignerat. act.*

1. Hic

1. Hic totus, ſi credimus Fabro, pellucet Tribonianus, inſcitiæ manifeſtus. Non eſt finis cavillationum, quibus Faber adſiduò inſectatur dictionum minutias, ut hic *τὸ quidem*, *autem* & interrogationum formulas; ad quas identidem reſpondere, nec operæ pretium, neque ferendum Lectori ſit. De ipſa re docet, creditorem, quando vendit pignus, aut jure Creditoris ſolo id facere, aut vi conventionis cum debitore initæ; quo reſpectu magis eſſe, ut ſuo nomine vendat, ideoque tunc ipſum Creditorem pignus vendentem ferre periculum, & ſuperfluum pretii reſtituere, nec ſi delegare velit debitorem ad emptorem pignoris, ut ab eo pretium petat, auditur; ipſe tenetur ad hoc præſtandum *l. pen. h. t.* Sed hic locus aliter docet, de pignore Vendito ex neceſſitate juris, ſine pacto, cujus hic nulla mentio *l. 9. in pr. d. Pignor. act. l. 7. C. eod.* Tum ſcilicet periculum non eſſe Creditoris, quo nec tenetur, antequam pretium acceperit *dd. ll. & hac lege.* Nec hactenus abnuit Faber; ſed modos aliquot loquendi arguit ineptiæ: Præcipuæ ſunt, quod legitur *actiones* ſuſcipere, mandare, cum una tantum ſit *actio* ex empto, quæ hic venditori comparata eſt, & quam debitori mandare poteſt: quaſi enallagê numeri quicquam uſitatius ſit. Aut etiam præter actionem ex empto, non detur ex Stipulatu, quæ olim nunquam aberat, etiam de Evictione, Rem habere licere, Non eſſe rem vitioſam, item Pignoris aut Sponſoris acceſſio, quæ ſæpe accedebant, & quæ numerum pluralem facile tueri poſſunt.

2. Faber. *Quid vero illud eſt, quærere, an expectare debeat, quoad emptor creditori ſolvat? Quid enim, ſi nunquam velit ſolvere: Quid ſi nec Creditor ipſe agere, an interim prohibebitur debitor, pignoratitia experiri adverſus Creditorem?* Ineptia major cavillationis, quam in eo quod Textui imputat, falſo! Creditor vendidit pluris quam ipſi debebatur, pignus. Superfluum reddere tenetur debitori; ſed an ita, ut prius quam accepit, ad reddendum conveniri poſſit, an verò donec emptor ſolvat, expectabit? quid eſt inepti in eo? An quiſquam dubitat, ſi per debitorem ſtet, quominus exigatur ab emptore pretium, ipſe teneatur ex culpâ negligentiæ? Id verè ineptum fuiſſet adjicere & commonefacere, quod vellet Faber. Ulpianus etiam addit tertium; ſi debitor expectare nolit terminum ſolutionis, aut commodum emptoris, quamdiu Creditor in culpâ non eſt, eum petere poſſe, ut ſibi actiones cedantur, ſi meliorem videat occaſionem ab emptore pretium exſculpendi. Plane, ſi Creditor in culpâ fuerit, ipſe proculdubio tenebitur, ut dictum. Abſque eâ ſi fuerit, urgere non poteſt debitorem, ad ſolvendum, quod non accepit. *Solvendum*? ait Faber, imo *Reſtituendum*, idque in argumentum Tribonianiſmi trahit. Ego, Qui præſtat quod debet, an ille non ſolvit? Utique ſi recte ſolutio definitur, Præſtatio ejus quod debetur: An verò creditor ſuperfluum pretium non debet? Tædet immorari talibus, & plura nihilo melioris notæ ſunt. Unum præterire non poſſum. Ulpianus ait, ſi debitor nolit expectare, dum pretium ab emptore ſolvatur, mandandas ei actiones, ſed periculo creditoris; Qua in re Faber Tribonianum *ignoratione principiorum Juris*, ſcilicet, mandatum actionum, pro delegatione accepiſſe monet, eique exprobrat: Cum Papinianus *in l. pen.* bene & ſubtiliter in eâdem cauſâ delegationis meminerit, inquit.

3. Sed hæc res me trahit in alia omnia, quam viſum Fabro, qui hunc Textum de pignore diſtracto ſine conventione accipit: cum potius de venditione vi conventionis facta intelligi debere, probet hoc, quod venditio facta eſt periculo venditoris, qui pretium in ſolutum accipere debet, etſi nihil inde perceperit, imò & ſuperfluum debitori præſtare, quod docet hic textus, *periculo venditoris.* At ſi venditio ſine pacto ex neceſſitate ſolenniter facta ſit, pretium non eſt periculo Creditoris & venditoris, verum ſi nulla culpa illi imputari poſſit, pretio non percepto, debitor in ſolidum manet obligatus *l.* 9. *in pr. d. Diſtract. pign.* Sed creditor privatim pignus vendens eligere debuit emptorem idoneum & *ſuum negotium geſſit*, executus pactum ſuum, ut Papinianus ait in *d. l. pen. h. t.* Non habet igitur rationem Accurſius, etſi Faber ei, pro hypotheſi ſua, adſentitur, periculum hic eſſe intelligendum, ratione culpæ, quæ in creditore debeat argui & probari. Periculum enim ſimpliciter poſitum de culpa ſola non eſſe intelligendum, docent loca magno numero à Briſſonio in *Periculum* adducta: complectitur etiam ſane culpam, ſed ad eam reſtringi non poteſt. In Rubrica *de Adminiſtratione & periculo Tutorum & Curatorum*, qui locus eſt ſingularis & neſcio an non unicus; ubi *periculum* à caſu fortuito alienetur, non tamen ad ſolius culpæ luitionem refertur, cum etiam unus ex aliorum facto in ſolidum teneatur. *l.* 6. *C. Arbitr. Tut.* Non debet igitur periculum ad culpam reſtringi, niſi aliunde evidenter ſane conſtet, cum cui periculum adſcribitur, nonniſi de culpa teneri, qualis hic evidentia non reperitur. Sed cum certi juris ſit, creditorem, qui pignus ex pacto privatim vendidit, ferre periculum pretii, ſecus ac ille, qui publice ex neceſſitate, jure ſolo creditoris, rem diſtraxit, hunc locum creditori periculum adſcribentem, de venditione conventionali accipiendum eſſe, dictu neceſſarium videtur.

4. Sed opponitur, quod tum creditor ſtatim ad ſuperfluum *reddendum vel ſolvendum*, quod cum pace Fabri ſit dictum, conveniri poſſet, quod hic tamen negatur. Textus hanc conſecutionem negat; Venditio facta eſt periculo creditoris, neque tamen antequam emptor ſolverit, de ſuperfluo conveniri poteſt: civiliter ſcilicet. Nam ſi per ipſum creditorem ſtet, quominus emptor ſolvat, aut urgeatur ad ſolvendum, ut antea dictum, ſine dubio tenetur. Sed alioqui debitor cum ſuperfluo, expectare debet, dum terminus ſolutionis effluxerit, aut ille civiliter in judicio vel extra judicium ad ſolvendum compellatur. Si tam diu expectare nolit, contentus eſſe debet, actionibus mandatis, periculo manente venditoris, ſicut eſſe diximus è natura negotii. Sic denique reddi poteſt ratio, cur Ulpianus (ita jam vel invito Fabro loquimur,) actiones dixerit eſſe mandandas, non delegatione, quod Faber voluit, utendum. Nam delegatio facit novationem, & delegantem liberat § 3. *Inſt. Quib. mod. toll. obl. l.* 11. *l.* 17. *d. Novat.* Creditor igitur qui ex pacto vendidit pignus, cum periculum ad ipſum pertineat, ſi pretium non ſolvatur, debitorem ad ſuperfluum petendum non poteſt delegare, *l. pen. h* ſed actiones ſuo periculo mandare debet *hoc* §. 2. Atque ita præcipuus Fabrianæ Cenſuræ aculeus, in quo ſe tantopere jactat, reflexus obtunditur. Nam quod ad exceptionem ejus attinet, nullam Pacti vel conventionis de pignore, mentionem fieri in hac *l.* 24. §. 2. nihilominus contra ipſum valet, cum nec

ulla

Digitized by Google

nulla neceſſitatis & diſtractionis publicæ mentio fiat *in hoc* §. 2. Quo autem de Conventionali venditione magis intelligendus ſit *hic* §. facit, quod de tali in omni hoc Tit. *inde à Lege* 4. de conventione, inquam, alienandi pignus ſermo frequens eſt: de neceſſariâ venditione vix uſquam, ſed de illa magis *Tit. de Diſtractione Pignorum*, infectius agetur.

4. Unum adhuc Fabri ſupereſt, agmen claudens, argumentum. Ejus verba: *Sed illud omnium maxime ſtultum eſt & Triboniani inſcitiam prodit apertius. Quod addit, ut quæſtionem hanc totam ſubtiliter, ſi dis placet, concludat*; Quod ſi jam accepit pecuniam, ſuperfluum reddit. *Quid enim erat neceſſe, hoc addere? Aut quid attinebat, quærere, de quo ne annus quidem dubitaret, an debitori ſuperfluum reddere pignoratitiâ actione deberet Creditor, qui totius pretii pecuniam ab emptore pignoris accepiſſet?* Non tam miror, quod Tribonianum nihil mali de ſe meritum, immerito tam inclementer habet Faber, quam quod Bachovium nullis probris in ſe parcentem ſatis honorifice tractat, quod laudi ſummæ ducerem, niſi aſperitas in mortuum aliud quam fiducia cauſæ de modeſtia in vivos argueret. An neſcit Faber concluſionem nunquam poſſe negari, nec eſſe abſurdum, è controverſis propoſitionibus educere poſitionem indubitatam? Imo hac gratia omnis inſtituitur diſputatio, ut ex ancipite quæſtionis conflictu indubitata reſultet concluſio. D. Anton. Matthæus in diſputationibus ſuis Fundamentalibus, habet unam, hujuſce, cujus ſæpe meminimus, inſcriptionis, quâ non Tribonianum, ſed ipſos veteres Juris conſultos arguit ineptiæ, quod rationes ſupervacuas, inertes, idemque per idem otioſe demonſtrantes ſuis reſponſis frequenter adjecerint, quæ res merito in rationibus reprehendatur, ſi modo verum eſt, quod minus eſſe quam D. Matthæus velit, alias vidimus: At concluſiones indubias è dubiis rationibus educere, quis unquam inſectatus ſit, mihi quidem non conſtat.

Paulus Lib. v. Epitomarum Alfeni Vari Digeſt.

Qui ratiario crediderat, cum ad diem pecunia non ſolveretur, ratem in flumine, ſua auctoritate, detinuit. Poſtea flumen crevit, & ratem abſtulit. Si, invito ratiario, retinuiſſet: ejus periculo ratem fuiſſe, reſpondit. Sed ſi debitor ſua voluntate conceſſiſſet, ut retineret: culpam duxtaxat ei præſtandam, non vim majorem. l. 30. *d. Pigner Act.*

1. Miratur Autumnus, quod Interpretes hanc legem non intellexerint, *in fin. Cenſur. ad h. l.* cum ut ipſe ait, *in pr. ſupervacua* ſit vel iniqua, ut explicat, *quia, ſi ſine culpâ ejus qui ratem detinuit, perierit, non debeat teneri, cum & ſemper diſtinguendum ſit, utrum æquè res peritura fuerit*, ſi caſus ille non eveniſſet, an ſecus *l.* 14. §. 11. *verſu. etſi non culpa. Quod met. l.* 7 §. *Eſt & alia exceptio d. Quod vi aut. clam.* ubi, *nullam injuriam aut damnum dare videtur, æque perituris ædibus.* Atqui talis videtur fuiſſe caſus, quo vis fluminis ratem abripuit. Cui accedit, quod ratiarius ipſe fuit in culpa. Enimverò minus moleſtæ ſunt Autumni Cenſuræ, quam Fabri, & illis facilius defungi licet. Reſpondemus igi-

Digitized by Google

tur fuiſſe equidem in culpa Ratiarium, quod ad diem non ſolviſſet. Atqui ad hoc juris remedia ſunt comparata, nec ideo ratem creditor auctoritate propria detinere potuit; quod ſine prævia conventione minime licet; vel abſque illa ſit, juſſu Præſidis opus eſt *l. pen. C. h. t. l. 3. l. 20. C. de Pign.* Neutra adhibita, vis fieri dicitur *l. 13. Quod Met. C.* Ad eum autem qui vim fecit, periculum ſemper ſpectat. *l. 1. §. rectiſſime & l. ult. d. Vi arm. l. 1. & Paſ. Quod. met. c.* Denique nec verum eſt, Ratem æque perituram fuiſſe, ſi creditor eam non detinuiſſet; quia Ratiarius eam in tempore ſubducere potuiſſet. Satisfactum eſt Autumni Cenſuræ.

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM XIV.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Ulpianus Lib. XXVIII. ad Edictum.

Unde quærit Oſilius, ſi ad reficiendam navem mutuatus, nummos in ſuos uſus converterit, an in exercitorem detur actio, & ait, ſi hac lege accepit, quaſi in navem impenſurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem, imputaturum ſibi cur talem præpoſuerit. Quod ſi ab initio conſilium cepit fraudandi creditoris, & hoc ſpecialiter non expreſſerit, quod ad navis cauſam accipit, contra eſt. Quam diſtinctionem Pedius probat. l. 1. §. 9. d. Exercit. act.

1. Antonius Faber improbat hanc diſtinctionem, duntaxat ejus membrum poſterius, inde à *verbis*, *Quod ſi ab initio*, quæ mallet eſſe Triboniani, quam Pædii & Ulpiani; quibus illa adjectio, *& ſpecialiter non expreſſit*, tanquam minus elegans congruere non videatur. Sed magis improbat ſenſum; *Evidenter falſum eſſe* adfirmat, eo quod *ab initio creditoris fraudandi conſilium magiſter habuerit, exercitorem minus teneri: Cum tanto magis æquum ſit, eum teneri, quod* bo-

Digitized by Google

hominem fraudulentum & doloſum, pro magiſtro elegit: ſi modo creditum ſit, ad reficiendam navem, quæ tum in ea cauſâ fuit, ut refectionis indigeret l. ult. h. t. Quid enim ejus refert, an magiſter conſilium fraudis ab initio habuerit, an ex poſt-facto ceperit. Ad hanc Cenſuram parata eſt reſponſio; Hic illud eſſe ſingulare, quod magiſter non expreſſerit ſpecialiter, ſe ad navis cauſam accipere pecuniam; unde creditor imputare ſibi debeat, quod magiſtro non ob cauſam navis, ſed abſolute crediderit; quo reſpectu nihil ea res ad Exercitorem: ſed hoc etiam Faber intelligit. Verum ita nihil ad rem pertinet, quod ſupponitur, inquit, utrum ab initio fraudandi conſilium habuerit, an hoc induerit deinceps, cum creditor ipſe potius ſe de credendo pecuniam magiſtro, ſine reſpectu ad navem ſpecialiter expreſſo; qua ratione ſola adverſus Exercitorem agere ſe poſſe, non ignorabat: Denique, non videns ſat cauſæ Faber, hunc errorem in Tribonianum transferendi, in eo tamen ſubſiſtit; Etſi quis eam Ofilio vel Pedio, aut ipſi Ulpiano, quam Triboniano adſcribere malit; eſſe tamen mancam diſtinctionem. Nihil aliud opus fuiſſe diſtinguere, quam quod Africanus habet in *l. ult. h. t.* Si creditor pecuniam dederit ad navem reficiendam, utrum verè navis in eo ſtatu fuerit, ut refici deberet, an ſecus. Si prius, exercitorem teneri; ſin aliter, non teneri.

2. Ut huic Cenſuræ parcamus; mihi omnino ſupponendum videtur, in hoc texto *l.* 1. §. 9. conſtitiſſe partibus, quod navis in eo ſtatu fuerit ut refici deberet, idque creditores bene ſciviſſe atque probare poſſe. Nam ſine eo Veriſſimum & ex naturâ negotii eſt certiſſimum, Exercitorem non debere teneri *d. l. ult. h. t.* Id autem hic ſupponi cum ex ipsâ re, tum è verbis *quaſi in navem impenſurus*, evidenter colligitur. Hoc ſuppoſito, non erat abs re, per diſtinctionem id ipſum inculcare. Sed alia inde mota fuit Quæſtio; Navis quidem indigebat refectione; creditor hoc ſciens magiſtro credidit, verum hic aliò pecuniam avertit. Jam diſtinguitur, Aut expreſſum eſt in mutuo dando & accipiendo, quod in navis refectionem crederetur: Aut hoc non fuit expreſſum, ſed creditor ut indubitatum ſuppoſuit. Si expreſſum fuerit, Exercitor tenetur, ut eſt *in d. l. ult.* Si non ſit expreſſum; qui caſus eſt alienus ab argumento *d. l. ult.* Creditor ſolum magiſtrum habet obligatum, non Exercitorem. In quâ diſtinctione ſic nihil eſt à ratione alienum, vel ſupervacuum, nec Africano *in d. l. ult.* repugnans.

Ulpianus Lib. XXVIII. ad Edictum.

Cum plures navem exerceant, cum quolibet eorum in ſolidum agi poteſt l. 1. §. ult. d. Exercit.

1. Multi ſunt Exercitores unius navis, ut ſolent mercatores dividere fortunas ſuas, quo minus ad ſe perdendos Fortunæ permittant. Sed unum navi præponunt Magiſtrum. Hic male rem gerit; Æs alienum contraxit multum Num quid tenetur exercitores ſinguli, pro partibus ſuis, an in ſolidum ſinguli? Quid Ulpianus reſpondeat, videmus *in Textu.* Cenſura Hugonis Grotii. *Hinc etiam intelligi*

Digitized by Google

telligi poteſt, inquit, *Exercitoriam & Inſtitoriam, quæ non tam Actiones ſunt, quam qualitates actionum, ipſo jure naturali niti. Adjiciendum hic eſt, malè Romanis legibus introductum, ut ex facto magiſtri exercitores in ſolidum ſinguli teneantur. Nam hoc nec naturali æquitati convenit, quæ ſatis habet, ſi pro ſuis ſinguli partibus conveniantur, nec publice utile eſt. Abſterrentur enim homines ab exercendis navibus, ſi metuant, ne ex facto magiſtri quaſi in infinitum teneantur. Atque adeò apud Hollandos, ubi mercatura pridem maximè viguit, & nunc & olim lex illa Romana obſervata non eſt: imò contra conſtitutum, ne Exercitoriâ etiam univerſi amplius teneantur, quam ad æſtimationem navis, & eorum quæ in navi ſunt. lib. 2. de jur. B. & P. c. 11. n. 13.* De utilitate publicâ, ratione Mercaturæ, non diſſenſerim à Grotio; ſed quod illa populo Romano forte minus validè cordi fuerit, quam Hollandiæ Rectoribus, ad diverſitatem morum & inſtitutorum ſeculi atque Reipublicæ, quam ad Cenſuræ cauſam referendum puto. Nec ideo τὸ *male* Grotianum, Romani Juris Auctoribus merito applicari putem. Multo minus ob defectum æquitatis naturalis, cujus exacta obſervantiâ Legiſlator Romanus mihi maxime permotus videtur, ut rei nauticæ utilitatem, quam ad ſummam Rempubl. pertinere non ignorat & profitetur in *l.* 1. §. 20. *h. t.* poſt æquitatem & ſimplicitatem juſtitiæ expletricis poneret. Grotius ait, æquitati naturali ſatis eſſe, quod ſinguli pro ſuis partibus tenentur. Ita eſt, ſi plures qua tales contraxerint, ac ita Legibus cautum eſt, de ipſis exercitoribus, ſi plures per ſe navem exerceant, pro ſua quemque parte teneri *l. 4. in pr. h. t.* Verum quando plures ſe conjunxerunt, ac univerunt in perſonâ unius magiſtri, qui ſolus cum aliis contraxerit, non eſt æquum, ut hi in plures adverſarios diſtringantur, ait Gajus *in l. 2. h. t.* idque in gratiam exercitorum, à quibus id actum eſt, ut contractus ad negotiationem navis pertinentes ab uno ſolo inirentur. Iniqua conditio inferretur contrahentibus cum magiſtro, ſi ex uno contractu negotioque cum uno & voluntate partis adverſæ geſto, decem, aut aliquando centum, ut ſæpe non pauciores unius navis exercitores dantur, convenire juberentur. Res igitur ita ſe habet; Romanos vidiſſe non minus quam Hollandos, illud jus, quo ſinguli Exercitores in ſolidum tenentur, abſterrere cives à navibus exercendis; ſed non putarunt, hanc utilitatis rationem ſubigere poſſe jus aliorum contrahentium, ut tam iniquam conditionem, quâ jus illorum in infinitum diſſiparetur, ſubire cogerentur. Tantum abeſt, ut Æquitas objici poſſit huic Juris poſitioni, ut tantum non aliquanto nimis ſtudioſi æquitatis, præ utilitate, fuiſſe videantur. Habeant igitur Hollandi utilitatis procuratæ laudem, Æquitatis cuſtoditæ rationem Romani facile tuentur.

Africanus Lib. VIII. Quæſtion.

Lucius Titius Stichum magiſtrum navis præpoſuit. Is pecuniam mutuatus, cavit, ſe in refectionem navis eam accepiſſe. Quæſitum eſt, an non aliter Titius exercitoria tenetur, quàm ſi creditor probaret, pecuniam in refectionem navis eſſe conſumptam. Reſpondit, creditorem utiliter acturum, ſi, cùm pecunia crederetur, navis in ea cauſa fuiſſet, ut refici deberet. Etenim ut non oportet creditorem ad hoc adſtringi,

ſtringi, ut ipſe reficiendæ navis curam ſuſcipiat, & negotium domini gerat: (quod certè futurum ſit, ſi neceſſe habeat probare, pecuniam in refectionem erogatam eſſe) ita illud exigendum, ut ſciat, in hoc ſe credere, cui rei magiſter quis ſit præpoſitus. Quod certè aliter fieri non poteſt, quàm ſi illud quoque ſcierit, neceſſariam refectioni pecuniam eſſe. Quare etſi in ea cauſa fuerit navis, ut refici deberet: multo tamen major pecunia credita fuerit, quàm ad eam rem eſſet neceſſaria: non debere in ſolidum adverſus dominum navis actionem dari. L. ult in pr d. Exercit. Act.

1. Bene Cujacius *ad h. l.* Ei, qui credidit ad reficiendam navem eſſe conſideranda, ſi velit actionem habere efficacem I. ut nominatim magiſtro det mutuum ad refectionem navis. II. Ut navis in eo ſtatu ſit, ut refectio ſit neceſſaria. III. ne plus quam neceſſarium ſit, credat: Hæc ſecundum hujus loci ſententiam, contra quam eſt Cenſura Autumni. „ Sententia *Africani* non eſt pro„babilis, inquit; omnia enim facta magiſtri debet præſtare, qui eum præpoſuit, „ alioquin contrahentes deciperentur. Nam ſi magiſter deceperit creditorem, „ & perſuaſerit opus ſibi eſſe centum in refectionem navis, cum ſufficerent „ quinquaginta, non ideo minus aget cum exercitore in centum. Quid ſi ad ar„mandam ſive inſtruendam navem vel nautas exhibendos, vel ad velum emen„dum, aut malum mutuatus eſt decem, & octo impenderit, non erit credito„ris, ut ait Ulpianus in *l.* I. *sed etſi. hoc tit* Sed etſi in pretiis rerum empta„rum feſellit magiſter, exercitoris erit damnum, non creditoris; nec oportet „ creditorem ad hoc adſtringi, ut reficiendæ navis curam ſuſcipiat, & nego„tium domini gerat, quod certè futurum erit ſi neceſſe habeat inquirere, quanta „ pecunia neceſſaria ſit in refectionem navis, quod nec ipſe magiſter, nec ip„ſe Faber qui navem reficit, certò ſcire poteſt; videmus enim architectos „ & hujuſmodi artifices & operarios falli in computatione impenſarum, & „ in pretiis rerum quæ quotidie mutantur. Quo modo igitur creditor, cujus „ nihil intereſt, bene vel malè navis reficiatur, certò ſcire poteſt, an multò „ majorem pecuniam credat, quam ad eam rem ſit neceſſaria. Cujacius qui ſenten„tiam Africani defendere non poteſt, id ab Africano de creditore ſciente ſc„riptum ait. Verum eſt, Cujacium ad conciliandam *banc L.* cum *l.* I. §. 10. *Eod.* ubi, *Si in pretiis rerum emptarum fellerit magiſter, exercitoris damnum, non Creditoris*, ita velle. Sed ego non putem illuc eſſe confugiendum. Modica inæqualitas, quæ non potuit ei eſſe perſpecta, non nocet Creditori *d l.* I. §. 10. Sed ſi MULTO majorem pecuniam crediderit, quam res poſtularet, id ipſi potius, qui ſcire debuit, cui & in quem uſum crederet, quàm exercitori obeſſe debere, vult ratio & æquitas. Debuit explorare ſtatum navis, antequam crederet, ut conſtat; Hoc tam oſcitanter facere non debuit, ut *multo* plus ad eam rem pecuniæ requiri conſtitueret ac mutuo daret. quam opus eſſe, palam erat, vel ejuſmodi latæ culpæ exceptione meritò refutabitur. Qui ſe pecuniam credere novit, Tutori, Procuratori, vel cuilibet res alienas gerenti, hic in perſonam & negotii naturam diligentius inquirat, oportet, quam qui domino & rerum ſuarum adminiſtrationem habenti credit; ut pluribus exemplis, quæ paſſim obvia ſunt, illuſtrat *hic* Anton. Faber. Autumni Cenſura ex hiſce dictis ultrò, niſi fallor, evaneſcit. Nam quod ait, Exercitorem ad omnia facta Magi-

giſtri præſtanda teneri, verum non eſt; cum nullo modo teneatur, ultra limites Præpoſitionis ſuæ. Adeo ut præpoſitus ad emendum, non obliget dominum, ſi vendat *L. 5. §. 11. & 12. d. Inſt. Act.*

Paulus Lib. xxxiv. ad Edictum.

Si, laborente nave, jactus factus eſt, amiſſarum mercium domini, ſi merces vehendas locaverant, ex locato cum magiſtro navis agere debent: is deinde cum reliquis, quorum merces ſalvæ ſunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere poteſt. Servius quidem reſpondit, ex locato agere cum magiſtro navis debere, ut ceterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni præſtent. Immo, etſi retineat merces magiſter, ultrò ex locato habiturus eſt actionem cum vectoribus. Quid enim, ſi vectores ſint, qui nullas ſarcinas habeant? planè commodius eſt, ſi ſint, retinere eas. At, ſi non tamen navem conduxerit, ex conducto aget: ſicut vectores, qui loca in navem conduxerunt. Æquiſſimum enim eſt, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amiſſas res aliorum, conſecuti ſunt, ut merces ſuas ſalvas haberent. l. 2. in pr. ad L. Rhod de Jactu.

I. Pro ſervanda nave, mercibus & vectoribus eâ comprehenſis, jactæ ſunt merces, ut fit, ad levandam navem. Quid eſt melius, æquius, quam omnium contributione ſarciri, quod pro omnium rebus & vitâ ſervandis ejectum eſt? Quid expeditius, quam ut domino mercium ejectarum actio detur adverſus reliquos, ut ad ſuam indemnitatem contribuant? Quod ipſum Lege Rhodiâ, quæ pars juris Romani eſt facta, cavetur *l. 1. & t. h. t.* Hic tamen, quantis opus ſit ambagibus, ad executionem hujus æquitatis, videmus. Cujus merces ejectæ ſunt, non poteſt agere contra vectores reliquos, ut ſibi partem damni dati præſtent; ſed ex locato vel conducto agere debet adverſus magiſtrum navis, ut is reliquorum merces detineat, donec portionem damni præſtent. Si hoc facere poteſt is, qui damnum, nave ſua ſalvâ, paſſus eſt nullum, quanto magis ei qui paſſus eſt damnum, actio directe adverſus eos, qui tenentur ad contribuendum, competere debet, quæ tamen nulla datur? Si excipitur, quemadmodum excipiendum eſt, Vectores nihil inter ſe egiſſe, merces urgente tempeſtate, tumultuario ejectas; In rem actionem hic dari nullam, idque manifeſtum eſſe: ubi nullum jus in re ſit, nec in perſonam, ubi nec contractus neque delictum eſt, verum vel quaſi tale; Replicabo, hanc eſſe Juris Civilis imperfectionem, quod ex æquitate tam manifeſta non habet facultatem ſuggerendi aliquid actionis. Imo, licet hic nihil expreſſe, forſitan actum ſit inter Vectores, in id tamen omnes tacite, quid ni etiam plerumque expreſſe, palam eſt, conſenſiſſe, ut ad navem levandam graviora mercium ejicerentur. Unde quaſi è contractu cæteri vectores obligati videntur: denique condictio ex lege datur, quoties uſu venit, ut Lex obligationem producat, neque tamen actionem, quâ ſit experiundum, ſuppeditat *l. un. d. Condict. ex Lege.* Quicquamne liquidius hujusmodi Condictionem merebatur, quam jactus mercium unius è vectoribus, adverſus cæteros, ad contributionem ex Lege Rhodiâ? Tam claræ actionis loco, Juris auctores neſcio, quem *mirum*, ait, merito Faber, circuitum agendi contra alium, ut is pro te agat adverſus

cos

eos, qui tibi ad contributionem tenentur; imo ut alius ex alieno, quod eſt apud ipſum, pro te retineat quantum ſatis eſt, per modum quendam *Arreſti* jure Romano alioquin ignoti: Cum nec invitus agere quiſquam teneatur, nec alius pro alio agere vel experiri poſſit, niſi tutorio, vel procuratorio nomine *pr. Inſt. de iis per quos agere poſſ.* Tutelæ autem vel Curæ nihil hic; ne mandati quidem procuratorii, cum hoc ſit inter volentes; Magiſter autem hic invitus tenetur.

2. Haud nihili ſunt hæ difficultates: Quibus ita ſatis fieri poſſe videtur: Vectores fortuito concurſu in navem delati & tempeſtate oppreſſi nihil inter ſe habent negotii. Magiſter navis ſervandæ curam habet, & merces quæ illam deprimunt, ejicit, non expectato vectorum arbitrio. Quorum igitur merces ejectæ ſunt, magiſtrum, neminem præter eum, convenire poſſunt. Etſi æquitas contributionem injungat, hæc tamen nimis eſt vaga, quam ut actionem contra vectores, ſine ullo ipſorum facto, præſtare queat. Dicent, ſe nullam dediſſe cauſam ejiciendi merces, ideoque non teneri: Conveniendus igitur magiſter, qui cum utriſque, tam qui damnum paſſi ſunt, quam cæteris vectoribus contraxit, ac ideo tam ipſe conveniri, quam reliquos compellare poteſt, ſuper eo, quod è contractu, qui inter ipſum & vectores intercedit, reſultat. Condictio ex Lege contra cæteros non habet facultatem, quia locum habet illa, cum Lex obligationem ſine deſignatione actionis producit. Sed hic obligatio, quæ ſine facto nulla eſt, inter vectores per Legem Rhodiam non conſtituitur, etſi contributionem, ex æquitate univerſaque rei geſtæ complexione producat. Denique, invitus nemo quidem agere compellitur, ſed ita, niſi è contractu factoque ſuo teneatur; quemadmodum magiſter in hoc caſu è locatione conductione & ejectione mercium tenetur. Et quod nemo pro alio dicitur agere poſſe, fallit, ſi agentis interſit, ut Juſtinianus docet *in §. 19. Inſt. de Inutil. ſtipulat.* quemadmodum hic intereſt magiſtri, eo quod ipſe alioqui de mercibus, quas ejici juſſit, teneretur. Ita nihil eſt cauſæ, cur hanc oporteat ſubire cenſuram: Etſi moribus hodiernis, ex ſimplicitate Juris Gentium, ego non dubitem, quin etiam hi, quorum merces ejectæ ſunt, immediate adverſus cæteros vectores actionem inſtituere poſſint, ut jam obſervavimus *in Prælect. ad h. t. n. 7*

Paulus Lib. XXXIV. Edictum.

Cum in eadem nave varia mercium genera complures mercatores coëgiſſent: prætereàque multi vectores ſervi, liberique in ea navigarent: tempeſtate gravi orta, neceſſario jactura facta erat. Quæſita deinde ſunt hæc: an omnes jacturam præſtare oporteat, & ſi qui tales merces impoſuiſſent, quibus navis non oneraretur, velut gemmas, margaritas: & quæ portio præſtanda eſt: an etiam pro liberis capitibus dari oporteat: & qua actione ea res expediri poſſit. Placuit, omnes, quorum interfuiſſet, jacturam fieri, conferre oportere: quia id tributum obſervatæ res deberent. Itaque dominum etiam navis pro portione obligatum eſſe. Jacturæ ſummam

pro rerum pretio diſtribui oportet. Corporum liberorum æſtimationem nullam fieri poſſe. Ex conducto dominos rerum amiſſarum cum magiſtro, acturos. Itidem agitatum eſt, an etiam veſtimentorum cujuſque, & annulorum æſtimationem fieri oporteat. Et omnium viſum eſt: niſi ſi qua conſumendi cauſa impoſita forent: quo in numero eſſent cibaria: eo magis, quod, ſi quando ea defecerint in navigationem, quod quiſque haberet, in commune conferret. Si navis à piratis redempta ſit, Servius, Ofilius: Labeo, omnes conferre debere, ajunt. Quod vero prædones abſtulerint, eum perdere, cujus fuerint: nec conferendum ei, qui ſuas merces redemerit. l. 2. §. 2 & 3. Ad Leg. Rhod.

1. In hoc textu varia reprehenduntur. Primo, Autumnus iniquum eſſe non dubitat, quod etiam pro mercibus, quæ nihil ad onerandam navem contulerunt, ad damnum ſarciendum conferri oporteat. *Jacturæ ſummam pro onere, non pro rerum pretio diſtribui oportere, puto*, ait, *quia æſtimatio mercium non eſt cauſa periculi, ſed onus: Levandæ enim navis cauſâ jacta merx.* Si quis mulum, *ita pergit*. plus juſto oneravit, & is aliquid membri ruperit, Aquiliæ locum fore putat Ulpianus, qui non idem putaret, ſi mulus gemmas & margaritas tuliſſet *l.* 27. §. 23. *ad L. Aquiliam.* Pluribus hanc rationem perſequitur eodem ſpectantibus; Ad quæ Groenewegius, Adſtipulator alioqui perpetuus Autumni, *Quicquid dicat Autumnus in Cenſura Gallicâ*, inquit, *hic tamen §. moribus hodiernis obſervatur*; unde magnum æquitatis ejus præjudicium. Nec dubium, quin ratio Pauli, quicquid Autumnus in diverſum proferat, facile vincat: Eo quod eorum, qui gemmas & margaritas habent, æque interſit, navem ſervari, quàm cæterorum, qui merces habent leviores. Nec his cauſa depreſſionis è pondere majori in crimen objici poteſt, quia nullam hac parte culpam, utis, qui mulum onere nimio corrupit, admiſerunt; Merces enim ponderoſas & viliores æque in navem imponere licet, quam Leves & pretioſas; Quibus ideo, cum cæteris, à tempeſtate deprehenſis nihilo plus objici poteſt, ſuo merito, quam dominis mercium Leviorum, ac ita circumventos à fortunâ idem urſit periculum, & jactandi neceſſitas, idemque jus utriſque conveniat.

2. Nihilo plus difficultatis eſt in Cenſura §. 3. de nave à piratis redemptâ; quod pretium redemptionis Servius, Ofilius, Labeo & Paulus omnium collatione præſtandum eſſe docuerunt: ſed Autumnus diſtinguendum putat, utrum navis ſola redempta ſit, an merces pariter à mercatoribus in eam congeſtæ; Priore caſu damnum ſolius magiſtri aut Exercitoris eſſe contendit; poſteriore caſu locum eſſe contributioni fatetur. Ego nec Paulum auctoreſque ab eo laudatos aliud ſenſiſſe exiſtimo, tam ex oppoſito caſu, de his quæ prædones abripuerint in *eodem* §. quam ex ipſâ negotii natura, Navem hic eſſe redemptam cum mercibus eâ contentis, non poteſt dubitari. Sed quod de Veſtimentis *hic loci* habetur, eorum nomine fieri contributionem, ut naturali ratione facile defenditur, ita civili quis æſtimatione magis laudet mores hodiernos, qui nomine veſtimentorum, quibus induti ſunt vectores, non magis quam ipſorum corporum exigunt contributionem, teſte Grotio *lib.* 3. *Introduct. part.* 29 *n.* 18. Etſi ne hac quidem cauſâ Juri Romano patior infligi Cenſuram; quia veſtimenta recipere æſtimationem pecuniariam, ſecus ac corpora, palam eſt. Nec tamen aliquo caſu fieri

fieri poſſunt Communia, quemadmodum de cibariis in caſu neceſſitatis hic proditum eſt: Eleganti argumento, diſtinctionem dominiorum, ut pacis humani generis cauſâ introductam, ita ſalutis hominum cauſa, ex ejuſdem humani generis tacito conſenſu deſinere atque *ceſſare*; *quâ* de re *alibi* pluribus actum. Poſtremo quod de his quæ prædones rapuere, non dari contributionem, legimus in *hoc* §. ſecus habetur in ipſa lege Rhodia, ſicut ejus fragmentum hodie extat, ut demonſtravimus in *Prælect. ad h. tit. n.* 3. Sed melior eſt ratio, quæ Juri Romano inſerta eſt; Ejuſmodi caſus à ſingulis, quibus evenerunt, eſſe ferendos; cum nihil à vectoribus dictum vel factum ſit, ex quo teneantur ad contributionem. Idque mores ita ſervant: Etſi damna, quæ pro defenſione navis illata ſunt contributioni ſubjiciantur, ut *d. loco* probavimus.

Calliſtratus Lib. 11. Quæſtion.

Cum autem jactus de nave factus eſt, & alicujus res, quæ in navi remanſerunt, deteriores factæ ſunt, videndum, an conferre cogendus ſit: qui non debet dupliei damno onerari, & collatis, & quòd res deteriores factæ ſunt. Sed defendendum eſt, hunc conferre debere pretio præſente rerum. Itaque (verbi gratia) ſi viceni um merces duorum fuerunt, & alterius aſpargine decem eſſe cæperunt: ille, cujus res integræ ſunt, pro viginti conferat, hic pro decem. Poteſt tamen dici etiam illa ſententia, diſtinguentibus nobis, deteriores ex qua cauſa factæ ſunt: id eſt, utrum, propter jacta nudatis rebus, damnum ſecutum eſt: an verò alia ex cauſa: veluti quod alicubi jacebant merces in angulo aliquo, & unda penetravit. Tunc enim conferre debebit. An ex priore cauſa, collationis onus pati non debet: quia jactus etiam hunc adhuc læſit: numquid, & ſi aſpargine propter jactum res deteriores factæ ſunt? ſed diſtinctio ſubtilior adhibenda eſt, quid plus ſit, in damno, an in collatione. Si (verbi gratia) hæ res viginti fuerunt, & collatio quidem facit decem, damnum autem duo; deducto hoc, quòd damnum paſſus eſt, reliquum conferre debeat. Quid ergo, ſi plus in damno erit, quàm in collatione? utputa decem aureis res deteriores factæ ſunt. Indubitatè utrumque onus peti non debet. Sed hic videamus, num & ipſi conferre oportet: quid enim intereſt, jactas res meas amiſerim, an nudatas deteriores habere cæperim? nam ſicut ei, qui perdiderit, ſubvenitur: ita & ei ſubveniri oportet, qui deteriores propter jactum res habere cæperit. Hæc ita Papirius Fronto reſpondit. l. 4. §. 2. Ad Leg. Rhod. de jact.

1. Hunc §. acutiſſimus Faber primo quidem ſpurium eſſe putat, inde è verbis, *poteſt tamen dici*, uſque ad finem. Poſtremo totum §. à primis verbis ad finem uſque Triboniani, non Calliſtrati, qui ſubtilius & elegantius ſcripſiſſet, eſſe judicat. Mihi ſtylus quidem Thracicus aut Græcanicus, qualis eſſet Tribonianæus, omnino in hoc textu eſſe non videtur; ſi quid adjectum ſit, non admodum repugnem; ſed Frontonis auctoritatem à Triboniano potius, quàm à Calliſtrato citari non expectaverim, nec in ipſa re tales ineptias, quales Faber invenit, offendiſſe videor. Sed illum hæc maxime verba movent, *Diſtinctio ſubtilior adhibenda eſt, quid plus ſit, in damno, an in collatione.* Quæ tamen ſecunda diſtinctio tantum ab-

Digitized by Google

abeſt, ut ſit *ſubtiliter*, ut nec ullâ ratione defendi poſſit, *ait Faber*. Nam ſi plus in collatione ſit, quam in damno; conſtat, quod nec Tribonianus negat, collationem non eo minus fieri debere, ſed detracto tamen damno. At cum plus in damno, quàm in collatione fuerit, ſtulta quæſtio eſt, an collationis onus pati debeat, cum detrahi damnum ſemper neceſſe ſit, antequam collatio fiat. *Hæc ille:* In quibus apparet, illum recepiſſe vocem *Subtile*, ſenſu vulgi, pro acute erudito, ut Philoſophi *ſubtiles*, & Faber ipſe habitus eſt *ſubtiliſſimus*. Sed Calliſtratus vocabulum *ſubtilius*, accepit, latinè, pro *tenuius*, *exilius*, ut Gajus *in l.* 58. *d. V. S. Inter geſta & facta videtur quædam eſſe ſubtilis differentia*, inquit, Ita *ſubtilis juris regula*, quæ non multum habet *realitatis in l.* 13. *pr. d. lib. & poſt. hered.* Ita paſſim apud alios ſcriptores. Non promittit igitur Calliſtratus, eruditiorem aut profundiorem tractatum, ſed diſtinctionem contentius & minutius id quod agitur explicantem collocat, expoſito calculo damni & collationis, & comparatione numerorum factâ. Quam autem inique agit Faber! Alterum diſtinctionis membrum admittit; de altero, quod JurisConſultus *indubitatum* ait eſſe, ſtulte quæri cavillatur, cum non ut quæſtionem poſuerit hunc articulum; ſed quod indubitate reſultat ex iis quæ dixerat, in hoc deſinat JurisConſultus. Quæ plura Faber adfert hiſce minus ſpecioſa, nec relatu nec refutatu digna ſunt. Niſi quod hoc ab omni fide veri alienum mihi videtur, quod Tribonianus non modo ingentem hanc laciniam Calliſtrato adjecerit, ſed etiam quod Papirium Frontonem antiquum ſcriptorem in partes vocaverit, ejuſque diſtinctionem Fabro laudatam, ut in ſe probam, aliter quam Fronto voluit, adhibuerit. Id enim Faber ita adſeverat, ut qui Frontonem nunquam vidit, melius tamen ſciat, quid ab eo ſcriptum fuerit, quam qui illum deſcripſit, & ſententiam ejus ex ipſo auctoris libro depromtam nobis exhibuit. *Error Triboniani eſt*, inquit, ille, *quod diſtinctionem Frontonis in illa quæſtione, an ei, cujus res deteriores factæ ſunt ſubveniri oporteat, traxit ad illam quoque quæſtionem, de quâ Fronto non cogitaverat, an is, cujus merces deteriores factæ eſſent, ei conferre aliquid deberet, qui navis levandæ causâ merces ſuas ejeciſſet.* Quod feciſſe Tribonianum, an Calliſtratum mihi quidem non liquet. Ultima enim quæſtio ſecundum Frontonis diſtinctionem, ſeorſim conſiſtit, & ex priore quidem fluit, ſed cum illa non miſcetur. Quæſtio loci eſt, An is, cujus merces factæ ſunt deteriores, conferre debeat ei, cujus res jactæ ſunt. Diſtinguit, Aut deteriores factæ ſunt per & propter jactum, aut alio modo fortuito. Si prius, collatio fit, deducto damno: ſi poſterius, ſimpliciter fit collatio. Sed & priore caſu, ad damnum datum mercibus, per jactum aliarum, reſarciendum, à reliquis contribuendum eſt. Hanc diſtinctionem clarius & nitidius, quam hic factum eſt proponi potuiſſe, non nego: Cenſuram abſurditatis & ſuppoſitionis univerſæ non agnoſco.

Vo-

Digitized by Google

Voluſius Mæcianus ex Lege Rhodia.

I. Ἀξίωσις Εὐδαίμονος Νικομηδέως πρὸς Ἀντωνῖνον βασιλέα. Κύριε βασιλεῦ Ἀντωνῖνε, Ναυφράγιον ποιήσαντες ἐν τῇ Ἰταλίᾳ, διηρπάγημεν ὑπὸ τῶν δημοσίων τῶν τὰς κυκλάδας νήσους οἰκούντων. Ἀντωνῖνος εἶπεν Εὐδαίμονι. ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος, ὁ δὲ νόμος τῆς θαλάσσης. τῷ νόμῳ τῶν Ῥοδίων κρινέσθω τῷ ναυτικῷ, ἐν οἷς μήτις τῶν ἡμετέρων αὐτῷ νόμος ἐναντιοῦται. τοῦτο δὲ αὐτὸ καὶ ὁ θειότατος Αὔγουστος ἔκρινεν. id eſt.

Deprecatio Eudæmonis Nicomedienſis ad Antonium Imperatorem: Domine Imperator Antonine, naufragium in Italia facientes, direpti ſumus à publicanis Cyclades inſulas habitantibus. Reſpondit Antoninus Eudæmoni: Ego quidem mundi dominus: lex autem maris: lege id Rhodia, quæ de rebus nauticis præſcripta eſt, judicetur: quatenus nulla ei noſtrarum legum adverſatur. Hoc idem Divus quoque Auguſtus judicavit. l. 9. ad Leg. Rhod.

I. In hoc Textu, omnium Cenſuris & Criſi vexato, Antonius Faber nihil deſiderat; Omnia recta & plana ſunt ipſi. Adeo nihil illi, quam quod ipſe reperit, Cenſuræ, placere videtur. Nec quidem nos prolixi erimus in eo, quod in *Prælection.* executi ſumus, ubi plures, quæ huc referri poterant, obſervationes collocatæ & expoſitæ ſunt; quas repetere non ſuſtinemus. Eminent duæ difficultates in textu, quibus ſine Criſi ſatisfieri non poſſe credimus Prima eſt in his verbis: ναυφράγιον ποιήσαντες ἐν τῇ Ἰταλίᾳ. Non habet ſenſum, tam quod mare nullum ſit in Jtalia, quam quod nihil ad eam publicani Cyladum inſularum, duobus maribus omnique Græciâ interjacentibus. Emendationes Petiti & aliorum refellit, non ſuggerit aliam, nec commodam expoſitionem D. Wiſſembachius *hic*. Nos acquieſcimus in emendatione Grotianâ, pro ἐν τῇ Ἰταλίᾳ, legendum, ἐν τῇ Ἰκαρίᾳ, in mari Icario, quod eſt apud Icariam, è Cycladibus Unam, ſatis uſitato nomine. Qui nolunt mutari Lectionem, poſſunt uti argumento *l. 9. d Judiciis.* ubi *Inſulæ pars Italiæ ſunt.* Quod ad Juriſdictioenem & Forum, de quo illic agitur attineat, hoc verum eſt, eos qui in Inſulâ provinciæ alicui ſubjecta agunt, ſubjectos eidem provinciæ cenſeri. At non ideo recte ita dicimus; eos qui in mari Italico navigant, eſſe in Italiâ; tum quod publicanis Cycladum nihil in Italiâ negotii eſſe potuit.

8. Altera difficultas eſt in his verbis; Ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος, ὁ δὲ νόμος τῆς θαλάσσης, τῷ νόμῳ τῶν Ῥοδίων κρινέσθω τῷ ναυτικῷ. *Ego quidem Mundi Dominus, ſed lex Maris: Lege Rhodiorum nauticâ judicetur* Non idonea connexio ſenſus, quicquid alii inducant: *Ego quidem orbis terræ dominus, ſed Lex maris*, ſcilicet *Domina*? Et lex in genere? Nihil eſt, quod ἀπὸ κοινοῦ, ab eo quod jam poſitum erat, ſubintelligi poteſt commodè, Nec emendatio Seldeni, vel Petiti, relatæ & refutatæ à Wiſſembachio ad literam & ſenſum bene deſcendunt. Petitus ita legit, ὁ δ' ἄνεμος τῆς θαλάσσης. Ventus autem Maris, quaſi Pius Imperator id ageret; ut conſolaretur Eudæmonem aut ille remedium contra Æolum peteret 3. *Miſcell.* 11. Seldenus unam propoſitionem facitè duabus, *Lex maris judicetur lege nauticâ Rhodiorum*, ſublatâ diſtinctionis notâ. *Inſulſa oratio*, inquit Wiſ-

Wiſſembachius, *Legem Lege judicari*! Nos etiam in partes emendandi venimus, & , bonis avibus, ut opto ſcilicet, non mutatione, ſed trajectione modicâ verborum, hoc modo. Ἐγὼ μὲν τ̃ κόσμου κύριος, ὁ δὲ νόμος τ̃ θαλάσσης, τ̃ Ῥοδίων· Τῷ νόμῳ κρινέσθω τῷ ναυτικῷ. *Ego quidem Mundi dominus: Lex autem maris eſt Rhodiorum. Lege Nautica res judicetur.* Etſi orbis terrarum imperium ad me pertineat, in rebus tamen maritimis valet lex Rhodiorum: ſecundum hanc illa quæſtio judicetur, & habetis judices veſtros. Ita Pius Imperator, verbis ad illum ſenſum, ut à nobis poſita ſunt, bene congruentibus. De Dominio Maris, & cæteris huc ſpectantibus, & de his ipſis rebus, adeat qui volet *Prælect. ad h. tit.* ubi commentarius *ad hanc L.*

Labeo Lib. I. Πιθανῶν, à Paulo epitomatorum.

Si ea condicione navem conduxiſti, ut eâ merces tuæ portarentur: eaſque merces, nullâ nauta neceſſitate coactus, in navem deteriorem cum id ſciret te fieri nolle, tranſtulit: & merces tuæ cum ea nave perierunt, in qua noviſſime vectæ ſunt: habes ex conducto locato cum priore nauta actionem. Paulus: Immo contra: ſi modo ea navigatione, utraque navis periit: cum id ſine dolo, & culpa nautarum factum eſſet. Idem juris erit, ſi prior nauta publice retentus, navigare cum tuis mercibus prohibitus fuerit. Idem iuris erit: cum ea condicione à te conduxiſſet, ut certam pœnam tibi præſtaret, niſi ante conſtitutum diem, merces tuas eo loci expoſuiſſet, in quem devehendas eas merces locaſſet: nec per eum ſtaret, quo minus remiſſa ſibi ea pœna ſpectaret. Idem juris in eodem genere cogitationis obſervabimus, *ſi probatum fuerit, nautam morbo impeditum, navigare non potuiſſe. Idem dicemus, ſi navis ejus vitium fecerit ſine dolo malo, & culpa ejus. l. 10. §. 1. ad L. Rhod. de Jact.*

1. Mali ominis hæc eſt inſcriptio, ſi credimus viris quibuſdum nimiâ mole doctis, quibus nullum in ſtudiis inſtitutum pejus eſt, quam facere & ſequi *Epitomas.* Egimus hac de re quod ſatis eſt in *Dial. de Ratione Juris docend. & diſc.* Magnum autem in diverſum auctoritatis argumentum eſt, *Paulus*, qui Labeonis *Probabilium* libros in compendium redigere dedignatus non eſt. Sed fateamur, oportet, non eſſe merum & genuinum, quod hic habemus, Compendii ſpecimen: cum potius notæ ſint ac animadverſiones, ad Labeonis ſententias prius ſummatim propoſitas. Nimis enim crebo ingeminat illud, *Contra eſt.* Cum nihil quam caſus ſingulares exceptos, in quibus ipſe Labeo, aliter credo, non ſtatuiſſet, accumulet; Cujuſmodi plures hic habemus. Et his una periodus eſt obſcura, niſi mendoſa ſit, quam ſupra literis ſeparatis diſtinximus. Cujacius pro *locaſſet*, ut eſt Florentiæ, legit ita; *locaſſet*: ſatis neceſſario, ut è contextu liquet. In ſequentibus legit; *Quominus remiſſam ſibi eam pœnam ſpectaret.* Et pro *Cogitationis* legit, *Cognitionis lib. 3. Obſ. c. 2.* Antonius Faber, primam correctionem admittit, non æque ſecundam, præ quâ retinet Florentinam ... vulgatam, ut hodie utimur, lectionem. Senſum tamen non explicat, niſi quod *ſpectaret*, pro *exſpectaret*, accipit, ut *penſare*, pro compenſare.

ſare. Eſt tamen ita locus obſcurior; ſic igitur explicandus: Cum nauta pœnam à ſe promiſſam, ſi frumentum ante diem certum Romam non devexiſſet, metueret, eo quod navis ſua vi majore detinebatur, quo caſu dubium erat, an à pœnâ promiſſa excuſaretur, per *l. ult. d. Naut. fœn. l. 77. d. V. O.* raptim conduxit navem deteriorem, in quam frumentum è ſua nave conjecit, quod ibi eſt corruptum eſt. *Voluiſſet*, remiſſâ ſibi pœnâ, quam tibi promiſerat, expectare, dum in tempore, cum nave ſuâ navigaret. Sed cum tu pœnam ei remittere nolles, occaſio damni illius accidit, à quo ipſum ita immunem haberi æquitas jubet. Explicatio illa ſalvâ lectione Florentinâ, præferenda videtur emendationi Cujacianæ. Niſi quod juxta Τὸ *locaſſes* de quo diximus, verbum *Cogitationis*, ſine dubio quoque mendoſum eſt, legendum, ut Cujacius, *Cognitionis*; vel potius, ut Faber, *Conditionis*. Sunt enim caſus hic à Paulo excepti, *conditiones*.

Paulus Lib. III. ad Edict.

Si impubes patri habenti inſtitores, heres exſtiterit, deinde cum his contractum fuerit: dicendum eſt, in pupillum dari actionem, propter utilitatem promiſcui uſus, quemadmodum ubi poſt mortem tutoris, cujus auctoritate inſtitor præpoſitus eſt, cum eo contrahitur. Ejus contractus certe nomine, qui ante aditam hereditatem interceſſit, etiam ſi furioſus heres exſiſtat, dandam eſſe actionem, etiam Pomponius ſcripſit: non enim imputandum eſt ei, qui ſciens dominum deceſſiſſe, cum inſtitore exercente mercem contrahat. l. 17. §. 2. & 3. d. Inſtitor. act.

2. Contra verſum poſteriorem eſt Cenſura Antonii Fabri, locum non eſſe Juridicum ſtatuentis; niſi deleatur, τὸ *furioſus*, & pro *ſciens* legatur, *neſciens*. Priorem tamen §. adjecimus, quia vix eſt, ut ſenſus *poſterioris*, abſque eo conſiſtat. Non poteſt etiam de hac Cenſurâ judicari, niſi conſtet prius, an inſtitoris officium morte præponentis finiatur. Non fieri, Cujacius ad *Afric.* XI. & communiter Interpretes ſtatuunt, ex *l.* 11. *pr. h. t.* Ubi dicitur, pupillum, cujus tutores non removerunt Inſtitorem à defuncto præpoſitum, ex ejus contractibus adhuc teneri; quod ipſum in hoc §. 2. ſcriptum eſt; ubi & ratio, cur id ita placuerit, etſi alioqui mandatum quo inſtitor conſtituitur *l.* 1. *ſub fin. h. t.* morte extinguatur §. 10. *Inſt de Mand.* idque propter *utilitatem promiſcui uſus*, id eſt, mercaturæ, eleganter ita dictæ. Atque ita Inſtitor Procuratori ſive Mandatario ſimpliciter dicto opponitur in *l.* 5. §. *ſed & cum Tullo* 10. *d. Inſt. act.* Et hinc, qui ſic de finiendo Inſtitoris officio ſentiunt ex *h.* §. 10. rationem petunt, cur imputandum non ſit ei, qui *ſciens* Dominum deceſſiſſe, cum ejus Inſtitore contraxit.

2. Sed Faber Interpretes erroris agit reos, quod inſtitoris officium morte non finiri putaverint, juxta naturam mandati *d.* §. 10. Probat idem in eo fieri ex *l.* 5. § *pen. h. t* ubi ſcribit Ulpianus, heredem ejus, qui inſtitorem præpoſuit, teneri, quatenus eodem inſtitore utitur, ut traditur etiam de contractibus ante aditam hereditatem initis, quia *æquum eſt, ignorant idari inſtitoriam*

 actionem,

actionem, diſerte contra quam hic idem de ſciente prædicatur. Hinc probat Faber, heredem præponentis Inſtitori non aliter teneri, de rebus poſt mortem præponentis ab inſtitore geſtis, quam ſi de facto eodem ut inſtitore ſit, non igitur per ſe, nec ipſo jure. Cui accedit, quod Inſtitor, de his quæ poſt mortem præponentis geſſit, non aliter habet actionem, quam ſi ignoraverit, illum mortuum, quemadmodum de Mandato communiter traditum eſt in §. 10. *Inſt. Mand.* Additur argum. *l.* 41. *d. Reb. Cred* ubi valent ea, quæ à ſervo quem dominus Kalendario præpoſuerat poſt mortem domini geſta ſunt, ſi mortem ejus non ignoraverit. Sed in contrarium facit, quod idem Ulpianus in *d. l.* 11. Inſtitorem manere ſcribit, quamdiu non removetur à pupilli Tutoribus. Hoc quidem Faber de filio herede Patris, qui ipſo jure ſit heres, non de quovis herede vult accipiendum. Atqui in mandato non diſtinguitur heres filius ab extraneo, quin hoc morte mandantis indiſtincte finitur *d* §. 10. Et *in d. l.* 1. *pr.* non dicitur heres patris, ſed ejus qui inſtitorem præpoſuit, qui tamen per eundem inſtitorem obligatur. Excipit quidem Faber, pupillum, qui heres ibi exiſtiſſe dicitur, non niſi reſpectu Patris intelligi, cum alioqui *impuberes* appellentur; ſed hoc cum aliunde ſecus apparet, tum ex §. *Pupillus* 9. *Inſt. de Inutil. Stipulat. l.* 13. §. 1. *d. Dol. mal.* ubi pupilli abſolute, ſine reſpectu Patris: ſolâ ætatis ratione deſignantur. Vix igitur eſt, quin poſitio, Inſtitoris officium morte non finiri, ſatis approbata ſit ex hac *l.* 17. §. 3. *&* *d. l.* 11.

3. Videamus objectiones. De Mandato reſponſum eſt ex hac *l.* 17. §. 1 quod aliter in Inſtitore poſtulet utilitas promiſcui uſus, è qua Inſtitor à Procuratore ſive Mandatario diſtinguitur, quâ de re diximus in *Prælect. ad h. t. n* 2. *Lex* 5. §. *pen.* docet, heredem ſine dubio teneri è contractu inſtitoris, quo ipſe adhuc utitur; quod non repugnat huic ſententiæ; Poteſt enim & non uti, & tunc etiam heres non tenebitur. Nec enim dicit, eum aliter non teneri, quam SI *utatur*, quaſi de facto prius hoc conſtare deberet. Quid juris ſit, ubi de facto contrahentis non conſtat, an heres adhuc eodem utatur inſtitore, non exprimitur; niſi quod æquum eſſe dicitur, *ignoranti Inſtitoriam actionem dari.* Quid inde ſequitur? Si contrahens ſciat, heredem eodem inſtitore non uti, hoc eſt, illum mutaſſe præpoſitionem à defuncto illi injunctam, actionem non dari. Non agitur ibi de ſcientiâ mortis præpoſitoris, ut in hac *l.* 17 §. 3. ſed an inſtitor ſit mutatus, quod proxime verſum de *ignorantâ* præcedit; Si contrahens id ignoravit, habet actionem. Atqui in hoc caſu *l.* 17. §. 3. id ignoravit omnino; nec enim ſcivit, an hereditas adita, nec forte, an præponens ſit mortuus: Ergo non potuit nec ignorare, quod ad meritum hujus actionis pertinet, quid nempe de inſtitore factum eſſet Supereſt *Lex* 41 *de Reb. Cred.* ubi ſervus Calendario præpoſitus à Domino defuncto, ex parte heres inſtitutus & liber factus eſt, qui hoc ignorans interim Kalendarium adminiſtravit; Acta valent & heredes ex actis ejus tenentur, ſi contrahentes idem ignoraverint. Ergo ſi ſciverint, non habebunt actionem. Reſpondetur, hoc ideo, quia ſciverint, illum ex ſervo liberum, & ex heredibus unum eſſe factum, ipſoque actu ita deſiiſſe Kalendario eſſe præpoſitum. Incidit igitur illa ſpecies in id quod diximus: Si contrahentes ſciverint, inſtitorem non eſſe amplius inſtitorem, actionem

Digitized by Google

nem illis non dari: Sed cum morte ſola præponentis mutatio inſtitoris non committatur, ejus quoque rei ſcientia non excludit actionem inſtitoriam. Ac ita recte habet hujus loci Lectio Florentina.

3. Pars altera Cenſuræ Fabrianæ pertinet ad *furioſi* mentionem in hac *L.* 17. §. 2. quam Faber abeſſe & induci vult. Quippe, certum eſt ait, furioſum heredem eſſe non poſſe, niſi Patri ſuo, cui & *ſuus* & neceſſarius heres eſt *l.* 2. *d. Condict. furt.* ſed de illo caſu hic locus intelligi non poteſt, propter verba *ante aditam hereditatem*, cum in ſuis heredibus nulla ſit hereditatis aditio *L.* 11. *d. lib. & poſt. Hered. l.* 14 *d. Suis & legit. her.* Quare *non dubito*, Faber, *quin delenda ſit dictio*, furioſus, *addita ſcilicet, ab imperito interprete, exiſtimante, ſenſum alioqui perfectum eſſe non poſſe.* Furioſi imperitia fuerit, addere furioſum, ubi nullus eſt. Quis autem, ſi deleas *furioſum*, erit heres? Faber ait, illum eſſe repetendum ex §. præcedente, ubi de impubere. Sed ibi impubes patri fuit heres; cui tanquam *ſuo* heredi non minus obſtat, *adita hereditas*, quam filio furioſo. Non, ait Faber; ſed impubes hic ponendus extraneo vel cognato fuiſſe heres. Unde cedo? ſi repetitio facienda eſt ἀπὸ κοινοῦ, tacite ex præcedentibus, ita ſumi debet, ut ibi collocata eſt: Mutatio enim non præſumitur, niſi probetur. Eſt igitur hæc criſis inepta & improbabilis. Quid igitur ad difficultatem Fabri? Illa minime talis eſt, ut propter eam ſacrum Textum uri & ſcindi oporteat. E contractu Inſtitoris, poſt mortem præponentis officium non finitur, antequam præpoſitio ab herede, vel ejus Curatoribus revocetur, etſi pupillus, §. 2. *h.* vel furioſus *l.* 23 heres extiterit, quia Contractus tenet hereditatem, ut defunctum repræſentantem §. 2. *I. de Hered. Inſt. l.* 31. §. 1. *Eod.* Verum eſt, furioſum non poſſe hereditatem acquirere *l.* 63. *d. Acquir. hered.* quia non niſi cum animo heredis, quem inducere non poteſt, hereditas acquiritur *l.* 20. *eod.* Sed hoc ſolummodo, quod ad vim acquiſitionis perpetrandam, cum effectu tranſmiſſionis attinet, ita ſe habet. At nihilo ſecus bonorum poſſeſſio à Curatore pro ipſo petitur, & fructibus hereditatis potitur, omneſque hereditariæ actiones adverſus Curatorem dantur *Tit. de Bon poſſ. fur. infanti, mut. ſurd. dand. l. ult.* §. *fin vero* 8. *C. de Curat. fur.* Proinde Actionem Inſtitoriam æque adverſus Curatorem furioſi, quam adverſus Tutorem infantis dari, quamdiu Inſtitor ab his remotus non eſt, omni dubio caret; Adeoque etiam ſynceritas hujus lectionis & temeritas Fabri.

Ulpianus Lib. xxix. ad Edictum.

Verba Senatuſconſulti Macedoniani hæc ſunt: Cum inter ceteras ſceleris cauſas „ Macedo, quas illi natura adminiſtrabat, etiam æs alienum adhibuiſſet, & „ ſæpe materiam peccandi malis moribus præſtaret, qui pecuniam (ne quid am- „ plius diceretur) incertis nominibus crederet: placere, ne cui qui filiofamilias „ mutuam pecuniam dediſſet, etiam poſt mortem parentis ejus, cujus in po- „ teſtate fuiſſet, actio petitioque daretur: ut ſcirent, qui peſſimo exemplo fœ-

 „ nera-

„ nerarent, nullius poſſe filiifamilias bonum nomen, exſpectatâ patris morte „ fieri *l.* 1. *in pr. Ad SC Macedon.*

1. Filiusfamilias mutuam accipiens pecuniam non tenetur ipſe nec pater ejus, ob rationes in textu expoſitas, niſi pater juſſerit, ſciverit, aut ratum habuerit *l.* 12. *&* 16 *h. tit.* vel pecunia in rem ejus verſa, vel in res utiles credita ſit *l.* 7. §. 12. aut creditor neſciverit eſſe filiumfamilias *l. pen. eod.* paucisque aliis caſibus exceptis. Sed cui bono ſervit hoc Senatus Conſultum, ſi verum eſt, quod Wiſſembachius noſter adfirmat, filiumfam in Foro Conſcientiæ non eſſe tutum hoc utendo Senatus Conſulto? ſi quod pecuniam ſervat, animam perdit? Nempe, ſi juris executionem impedire potuit Senatus, vim & obligationem juſtitiæ quæ non patitur, alienum uſurpare, vel cum injuria & damno alterius locupletari, tollere non potuit, *ait*, vir Cl. *ad h. tit. n* 32. In quam ſententiam multa in utramque partem variaſque diſtinctiones & auctoritates congeſſit Vir Ampliſſ. *Joh. Andreas vander Meulen Part.* 3. *de Jure Poli Qu.* 20. Obſtat & inprimis argumentum *l.* 10. *h t.* ubi naturalis obligatio manere dicitur, in Mutuo filiifamilias. Sed obligatione naturali Conſcientiam teneri, plerique docent & Theologi & Juriſperiti. Ameſius *lib.* 5 *De Conſcient. c.* 41. §. 15. Bachovius *vol.* 2. *Diſp.* 10. *th.* 9. Vinnius *ad* §. 3. *Inſt. de Teſt. Ordin. n.* 8.

1. Ad hanc Cenſuram ſic eſt ratio & reſponſio. Patrem ſine dubio, & heredes filii familias ſalvâ conſcientiâ negare poſſe talis mutui contra legem dati reſtitutionem. Quin & filiumfamilias ipſum recte videri negare ſolutionem in terminis hujus Senatus Conſulti; quando Creditor malis adoleſcentum moribus præbuit materiam: quo caſu filiusfamilias *non factus locupletior*, haud multo magis ad reddendum teneri videtur, quam furioſus ad gladium ſibi datum amiſſumque reddendum obligatur, quo pertinet illud Plauti, notum ex *Trinum. Act.* 1. *ſc.* 1.

Dediſtin' hoc pacto ei gladium, qui ſe occideret?
Quid ſecus eſt, aut quid intereſt, dare te in manum
Argentum amanti homini adoleſcenti, animi impoti,
Qui exædificaret ſuam inchoatum ignaviam?

Sic igitur filius in illa hypotheſi, pœnitens & non locupletior factus, pecuniâ ſcilicet, abſumptâ adjutorem veſaniæ ſuæ Creditorem repellere poſſe videtur. Sed Pater & heredes, qui neque doli neque perſonalis obligationis vinculo tenentur, etiam ſine illo reſpectu, beneficio legis probabili ratione conſtitutæ, quominus utantur, nihil obſtare videtur. Nam quod ad argumentum obligationis Naturalis attinet, illam lege civili non poſſe mutari; diſtinguendum eſt, inter poſitiones Juris naturæ, quæ ad Patrimonium & bona pertinent, & tales, quæ intrinſecus ad turpitudinem aut honeſtatem moralem ſpectant, de quibus Euripidæum illud verum eſt, Τὸ μὴ καλὸν οὔποτ' ἔφυ καλόν. *Quod turpe in ſeſe eſt, id nunquam fiet honeſtum.* Sed de rebus pecuniariis, Lege tanquam ſponſione Civitatis communi, jus crediti vel domini ex probabili ratione publicæ utilitatis, mutari poſſe, non magis poteſt negari, quam toto Jure Civili certum & bonum eſt, ſæpe nonnihil huic parti Juris naturæ, quod de ſuo cuique tribuendo agit, addi, vel demi, aut in eo mutari poſſe *l.* 6. *d. Juſt. & jur.* Quam rem plu-

Digitized by Google

pluribus executi ſumus in *lib.* 3. *de Jure Civit. ſect.* 1. *cap.* 3. & agetur hoc argumentum rurſus ad *l.* 1. *d. SCto Vellej.* Cæterum, quatenus locupletior eſt pater, aut heredes filiifam. ſic eos ſalvâ ſynceritate animi non poſſe recuſare reſtitutionem ejus quod ſupereſt, & indemnitatem creditoris, ſtatuendum eſt; Etſi Lex etiam hactenus fœneratorem filiofamilis alieno mutuum dantem, jure juſteque mulctare potuit, ut videbimus ad *l. ſequ.*

Ulpianus Lib. XXIX. ad Edictum

Hoc ſenatus Conſultum & ad filias quoque familiarum pertinet. Nec ad rem pertinet, ſi adfirmetur, ornamenta ex ea pecunia comparaſſe. Nam & ei quoque, qui filio familias credidit, decreto ampliſſimi ordinis actio denegatur: nec intereſt, conſumpti ſint nummi, an exſtent in peculio. Multo igitur magis ſeveritate Senatus-Conſulti, ejus contractus improbabitur, qui filiæ familias mutuum dedit. l. 9. §. 2. d. SCto Maced.

1. Iniqua videtur hæc ſententia, per quam Filius aut pater ejus ex alieno fiant locupletiores, quem eſſe dolum in re ipſa, dicendum ex *l.* 36. *d. V. O.* Ac ideo improbatam hujus loci ſententiam judicio Senatus Pariſienſis, pridie Idus Aprilis 1588. Autumnus in *Cenſurâ ſuâ* teſtatur. Nam ſi nummi crediti adhuc ſint in peculio, quod Patris eſt proprium, & de quo Pater tenetur: ſi filiafamilias ornamenta comparata adhuc poſſideat, prædurum & injuſtum ſit, Creditori omne remedium ad recuperandam pecuniam denegari. Numquid igitur dicemus, Actionem ex mutuo quidem non dari, propter ſeveritatem Senatus-Conſulti Macedoniani; ſed condictionem ſine causâ, pecuniæ vel mercium ex pecuniâ emptarum competere, exemplo Venditoris, qui cæteris creditoribus in mercibus à ſe emptis præferatur? Eâ de re laudatum Senatus Pariſienſis decretum egiſſe videtur, ut ipſe non obſcure indicat Autumnus; de Venditore, inquam. Sed ut creditor pretii, agat & præferatur aliis creditoribus in mercem pro creditâ pecuniâ emptam, nullo modo concedendum eſt. Venditor enim jure dominii, fide non habitâ, præfertur; jure crediti; id eſt, cum fidem habuit, nequaquam, §. *Venditæ* 41. *I. de Rer. diviſ.* multò minus creditor, pretii, quo res empta fuit, aliis creditoribus præferetur. Quid ergo ad objectam hujus loci iniquitatem? Enimvero ſeveritatem agnoſcimus; Injuſtitiam non æquè. Senatus Conſultum Macedonianum ſeverè prohibuit mutuum filiorumfam. *Actionem petitionemque negavit* omnem Creditoribus, ad præcidendam ſcelerum materiam fœneratoribus. Huic denegatæ actioni conſentaneum fuit, meliorem eſſe poſſidentis rationem: quod fit in omnibus cauſis Lege prohibitis; *in toto Tit. de condictione ob turp. vel injuſtam cauſam.* per injuſtam intellige Legibus prohibitam, ut jam diximus *in loco.* Qui dedit, Lege prohibente, non habet condictionem, habet quod ſibi imputet. Hæc ita, ſi nulla ejusmodi cauſarum, quas habuimus inter exceptiones Senatus Conſulti *ad l. præced. in pr.*. Creditoris cauſam æquitatis ratione ſublevet. In terminis Ulpianæi reſponſi juſta Cenſuræ cauſa non probatur ab Autumno, De §. 1. hujus Legis, quem notat idem Cenſor, egimus *ad l.* 14. *d. Reb. Cred.* quia eſt παράλληλος.

Digitized by Google

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM XV.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Reprehenditur à nonnullis Tribonianus, quod cum ſervitutes ejus tempore valde fuerint detritæ, tam prolixe, tam ſubtiliter de peculio agentes Juris antiqui ſcriptores exhibere voluerit. Sed immerito, ut Bachovius etiam contra Treutlerum *in pr. a.h.t.* demonſtrat; quia ſeculo ſexto, quod eſt Juſtiniani, Servitutes adhuc erant in uſu promiſcuo; nec facile quicquam diſputationibus & litigiis crebriorem, quam Servitutes, materiam præbuit; quibus nec ulla merx illis temporibus frequentior & ferè pretioſior extabat: ne dicam, de peculio Filiorum familias in hoc libro pariter agi.

Ulpian. Lib. XXIV. ad Edict. & Celſus lib. VI. Digeſt.

Peculium dictum eſt, quaſi puſilla pecunia, ſive patrimonium puſillum. Peculium autem Tubero quidem ſic definit, (ut Celſus libro ſexto digeſtorum refert) quod ſervus, domini permiſſu, ſeparatum à rationibus dominicis habet, deducto inde, ſi quid domino debetur. Definitio peculii quam Tubero expoſuit, ut Labeo ait, ad vicariorum peculia non pertinet. Quod falſum eſt. Nam eo ipſo, quòd dominus ſervo peculium conſtituit, etiam vicario conſtituiſſe exiſtimandus eſt, Quam Tuberonis ſententiam & ipſe Celſus probat. Et adjicit, pupillum vel furioſum conſtituere quidem peculium ſervo non poſſe. Verum ante conſtitutum (id eſt ante furorem, vel à patre pupilli) non adimetur ex his cauſis, quæ ſententia vera eſt. Et congruit cum eo, quod Marcellus apud Julianum notans adjicit, poſſe fieri, ut ex dominis ſervus peculium habeat apud alterum, apud alterum non, ut puta ſi alter ex dominis furioſus ſit, vel pupillus, ſi, ut quidam (inquit) putant,

tant, peculium ſervus habere non poteſt, niſi concedente domino. Ego autem puto, non eſſe opus, concedi peculium à domino ſervum habere, ſed non adimi, ut habeat. Alia cauſa eſt peculii liberæ adminiſtrationis, nam hæc ſpecialiter concedenda eſt. l. 5. §. pen. & ult. l. 6. l. 7. pr. & §. 1. d. Pecul.

1. Primò, Falſa etymologia Peculii, cum ſine dubio dictum ſit à pecudibus; unde & pecunia, quod veterum opes in pecudibus conſiſterent, quarum aliquas domini ſervis diligentioribus quaſi ſuas concedebant, ut operas partirentur & acuerent eorum induſtriam, cujus anima eſt *meum & tuum:* Etſi pecudes interim revera dominorum manerent in dominio, ſed habebant ſervi uſumfructum & adminiſtrationem, unde ex eorum contractibus domini tenebantur actione de pèculio: & ſperare poterant, ſe re bene geſtâ libertatem cum peculio adepturos, ut frequenter uſu veniebat. Ad hanc peculii originem & etymologiam ſpectat Varro 1. *de Re Ruſt.* Tu, inquit, *tibicen non ſolum adimis domino pecus, ſed etiam ſervis peculium, quibus domini dant, ut paſcant.* Reſponſio tralatitia eſt, Juris-Conſultis in more poſitum eſſe; ut olim Stoicis, in reddendis vocabulorum rationibus, ad rem potius, quam ad etymon grammaticum ſpectare. Ut cum Jus à Juſtitia eſſe dictum ſcribit idem hic Ulpianus *in l. 1 pr. d. Juſt. & J.* Teſtamentum, quaſi teſtatio mentis, *pr. I. de Teſtam. ord.* Mutuum, quod ex meo fiat tuum *pr. I. d. Obl. quæ re contr.* Poſſeſſio quaſi ſedium poſitio *l. 1. d. Acquir. poſſ.* Denique, peculium, eſſe diminutivæ ſignificationis indicare vult Ulpianus, hac quaſi derivatione, ſeparatum ſcilicet corpuſculum à pecudibus & patrimonio domini.

2. Alia reprehenſio Definitionis, quod ſit anguſtior ſuo definito; Id enim eſt Peculium in genere, & definitio eſt de Peculio ſervi; cum filiusfamilias æquè habeat peculium §. 1. *Inſt. per quas perſon. cuiq. acquir.* Unde Gloſſar. vetus Peculium definit, Κτῆσις τ̃ ἐν ἀλλοτρίᾳ ἐξουσίᾳ ὄντος; poſſeſſionem ſive patrimonium ejus, qui eſt in alienâ poteſtate, τ' ἔστι δούλου, ἢ υἱοῦ; Addit, hoc eſt, *filiiſamilias aut ſervi.* Idem eſt in *l. 182. d. V. S.* Et hanc ſpeciem non negligi, uſus hodierni intereſt, quo filiiſamilias ſolius peculium ſupereſt: Nec enim id in uſu eſſe deſiit, ubi Patria poteſtas adhuc viget. Quomodo his diebus aditus ſum à filiofamilias ruſtico, prioris matrimonii, cui à patre binubo deciſum erat peculium in pecudibus, pro quibus agrum paſcuum à me conducere cupiebat. Inde, ſi procederet, actio locati de peculio contra patrem naſci poterat. Hæc autem de ſolo profectitio, quod in Pandectis juxta caſtrenſe cognitum eſt, peculio datur, non de Adventitio, ut minus providè D. Willembach *adh. t. th 6.* contra quàm demonſtravimus in *Prælect. ad h. tit.* & ad *Inſt. Tit. Quod cum eo qui al. pot.* Ad cenſuram, fatendum quod res eſt, JurisConſultum hic peculii definitionem ſtrictius accepiſſe, quam definitum patet, eamque reſtrinxiſſe ad præcipui uſus ſpeciem: Verum ita, ut inde nulla confuſio vel obſcuritas oriri poſſit; cum in ipſis verbis καταχρηστικῶς illam αὐτὸς ὢν, palam expreſſerit.

3. Majus Cenſuræ molimen eſt Antonii Fabri, qui *l. 7 §. 1. à verbis. Et congruit,* à Triboniano eſſe putat: ſed tam parvi uſus res eſt, ut argumenta ejus ordine proſequi non libeat. Demus paraphraſin §. 1. *l. 7.* & per illam occupemus

mus ejus objectiones breviter & tacitè: Pupillus vel furioſus per ſe peculium ſervo conſtituere non poſſunt, quia res eſt conſilii & adminiſtrationis, quod aut quam non habent pupillus & furioſus; etſi quod pater pupilli, vel furioſus ante furorem conſtituit, peculium durat. Cui durationi congruum eſt, ut ſervus duorum communis, apud alterum ex dominis habere poſſit peculium, apud alterum non; ut ſi alter quidem ademerit ipſi peculium, alter dominus ſit pupillus vel furioſus, qui adimere non poteſt. Huic rei non obſtat, quod putant quidam, ſervum nec habere, nec quidem retinere poſſe peculium, niſi domino concedente. Verius enim eſt, quod ego puto, *Ulpianus*, non eſſe opus ad retinendum peculium, conceſſionibus domini; utcunque dici queat, in peculio non eſſe aliam rationem, quam in uſufructu; qui adſiduo conſtitui videtur *l. 1. d. Uſufr. Accreſc.* & ſervus haud multo aliud in peculio juris, quam uſusfructus inſtar habere videtur. Nec enim illa ratio facit in ipſo uſufructu, quominus ſemel conſtitutus à patre pupilli vel ante furorem, deinde continuetur, dum vivat fructuarius. Diverſa ratio eſt in liberâ peculii adminiſtratione, quam ſervus à furioſo aut pupillo in peculio antea conſtituto adipiſci non poteſt; quoniam hæc ſine ſpeciali conceſſionis actu deferri non poteſt. Hæc, ſi, ut puto, textui conveniat expoſitio, quamobrem juridicè conſiſtere non poſſit, cum rationes Fabri ſic ſatis occupatæ ſint; ego cauſam non video; nec ſi quis rationes Fabri conferre voluerit, reperiet quicquam non occupatum & refutatum. Etſi nihil in ſtylo & connexione mihi diſplicere, nolim adſeverare; Verum ſi omnes ejuſmodi textus à Triboniano confictos eſſe dicendum ſit, longe plures quam Fabro viſum, pro ſpuriis babendi fuerint. Utique, ſi res commodam recipiat interpretationem, contenti ſimus, oportet, hoc Catone Juſtinianæo, ſive purè ex veteribus deſcripto, ſive aliquando interpolato. Ut autem totus hic locus quaſi è Marcelli notis ad Julianum excerptus, omnino ſit fictitius; (nam juridicum eſſe probavimus) *Τίνα δοκεῖς πείσειν τάδε*; *Cui veriſimile videatur*? Si majoris loci è veteribus diſcripti compendium aliquando minus concinnè tactum eſſe contigerit à græcis profeſſoribus, id à veriſimilitudine uſquequaque non abhorrere, nimis enixè contendere nolumus, & ſuum Lectori judicium, modo juridicos non minus quam criticos intorqueat aculeos, relinquimus, ut par eſt, liberum.

Ulpianus Lib. xxix. ad Edictum.

Si ipſe ſervus ſeſe vulneravit, non debet hoc damnum deducere: non magis, quàm ſi ſe occiderit, vel præcipitaverit. Licet enim etiam ſervis naturaliter in ſuum corpus ſævire. Sed ſi à ſe vulneratum ſervum dominus curaverit, ſumptuum nomine debitorem eum domino puto effectum. Quemadmodum, ſi ægrum eum curaſſet, rem ſuam potius egiſſet. l. 9 § 7. d. Pecul.

1. Huic loco, poſt alios, atrocem Cenſuræ notam nec ſine magna ratione, quæ ſtatim lectori in oculos incurrat, impreſſit Wiſſembachius noſter, in *Comment. ad. h. Tit. th. 11.* Ulpianus, *inquit*, Auctor hujus *l. 9. § 7.* ſibi eſt con-

trarius

Digitized by Google

trarius (hoc nihil ad nos, qui antinomias non tractamus, ſed graviora ſequuntur) in *l. cum autem* 23. §. 3. *d. Ædil. Ed. Malus*, inquit, *creditus eſt ſervus, qui aliquid fecit, quo magis ſe rebus humanis extrahat, ut puta laqueum torſit, ſive medicamentum pro veneno bibit, præcipitemve ſe ex alio miſerit, aliudve quid fecerit, quo facto, ſperavit, mortem perventuram.* Hoc reſponſum, *addit* D. Wiſſembach; naturæ eſt conſentaneum, ſocietatemque humanam tuetur. Prius contrà, naturam ipſam deſtruit ac Reipubl. adfert perniciem. *Et mox.* Profecta ſunt hæc è Præceptis Stoicorum, quorum diſciplinâ imbuti fuerunt Juris Conſulti noſtri, Cujac. 26. *obſ.* 40. Vide Senecam *Epiſt.* 69. Plinium 1. *epiſt.* 12. & 22. Lipſium 3. *Manud. ad Philoſ. Stoic. c.* 2. & *Cent.* 2. *epiſt.* 22. Verum longe aliter ſacrariſſimæ religionis noſtræ tabulæ præſcribunt, nec non recta dictat ratio, *Geneſ.* 9. *v.* 5. *Exod* 20. *v.* 13. *Deut.* 5. *v.* 23. *Matth.* 22. *v.* 39. Auguſtin. 1 *de Civit Dei. c.* 20. & 26. Ameſ. 6. *de conſc.* 31. *qu.* 6 Ariſtot. 5. *ad Nicom. ult.* Et moribus hodiernis, etſi quis nullius criminis metu, ſed vitæ tædio tantum ſibi properaverit, poſt mortem condemnatur, & cadaver furcæ appenditur. Gudelin. 5. *de jur. noviſſ. c.* 17. *in fin.* Grot. 2. *Manuduct.* 1. Damhouder *prax. crim. c.* 88. *n.* 6. Hæc præceptor noſter. Sed horum neque finis, neque dubium eſt quin ſalvâ ratione & religione aliter ſe habere nequeant.

2. Quare Cenſurâ ſatis notâ: Quæritur, an aliqua reſpondendi via ſit, quâ hunc locum Enantiophaniæ conciliemus ſine captione calumniâque. Veteres artis noſtræ Eruditos de jure Autophoniæ fuiſſe perſuaſos, Stoiciſque id ipſum profitentibus addictos fuiſſe, non poteſt negari. Ariſtoteles, ut in aliis, ita in hoc articulo à Stoicorum diſciplina receſſit, ut tamen nec ipſe de eo quod *naturaliter* liceat, ab Ulpiano diſſentiat; civiliter injuſtum eſſe contendit, ſibi manus inferre. Ἀδικεῖ ἄρα ὁ σφάττων ἑαυτὸν, ἀλλὰ τίνα; τὴν πόλιν, αὐτὸν δ' οὔ. ἑκὼν γὰρ πάσχει. διὸ καὶ ἀτιμία πρόσεστι, τῷ ἑαυτὸν διαφθείραντι, ὡς τὴν πόλιν ἀδικοῦντι. *Facit igitur injuriam, qui ſe ipſum jugulat, ſed cui? Civitati, non ſibi; volens enim patitur. Propterea & ignominia additur ſe ipſum interficienti, ut qui injuriam infert Reipublicæ d. lib* 5. *Ethic. C. ult.* Non eſſet igitur mirandum, ſi Ulpianus ab hâc Stoicorum ſententia non reperiretur alienus, ſi in ſervis ſtatueret eſſe licitum, quod nobiliſſimi & præſtantiſſimi Romanorum laudi gloriæque duxerunt. Nam quod idem hujuſmodi ſervum dicit eſſe malum in objecta *l.* 23. quam Wiſſembachius huic loco repugnare putat, non eo pertinet, ut *mali* demonſtratio, ad facti deteſtationem referatur; ſed agitur ibi de ſervo redhibendo, tanquam *merce mala*; cum talis ſervus inutilis ſit emptori, non de malo, moraliter.

2. Videndum ergo, non quid Ulpianus ſentire potuerit, quid veteres pagani exiſtimaverint. Sed, an hic etiam locus neceſſario contineat approbationem αὐτοχειρίας, ut communiter illum accipiunt, & ſimul Juris Auctores Juſtinianæos, negligentiæ aut impietatis inſimulant, qui talem ad humani generis everſionem pertinentem ſententiam in Pandectis reliquerint, contra ſolennem promiſſionem, Τὰ οὐκ ὀρθῶς κείμενα, quæ non bene ſe haberent, ſublatum iri. *Antonius Faber* reſponſionem petit, ex eo, quod non procul ab Ariſtotelis ratione recedit; Interfectores ſui, injuriam Reipubl. facere; cujus cum ſervi membra non ſint, ut pote, qui pro nullis habentur *l.* 32. *d. R. J.* & pro quadrupedibus

Digitized by Google

dibus *l.* 2. *Ad L. Aquil.* eorum cædes ab ipſis admiſſas non pertinere ad Rempubl. Ideoque ut nemo negat, pecudibus non licere ſe ipſos lædere & occidere, ſic idem de ſervis non poſſe videri prohibitum. *Non delinquit*, ait, *ſervus, qui ſe ipſum vulnerat, vel occidit, vel præcipitat: nec proinde ſit debitor ex delicto, cum non delinquat: Nam & brutis animantibus idem licet, quibus nihil illicitum eſt, ad quod naturali motu deſerantur.* Sed verendum, ne non hæc reſponſio ſubtilior ſit, quam ut Cenſuræ tam gravi, qualem habuimus, ſatisfacere poſſit. Cum enim ſervus, ut docuimus alias, in ipſo Jure Civili biſariam conſideretur, vel ut eſt in commercio, quo ſenſu cum pecudibus comparatur, ut in Lege Aquilia; vel ut eſt membrum ſocietatis humanæ, quo ſenſu Lex Cornelia in cædem ſervi non aliter quam liberi hominis animadvertit *l.* 23. §. 9. *ad L. Aquil.* §. 11. *Inſt. de Leg. Aquil.* ex ejus legis ratione, factum ſemetipſum interficientis non habet rationem ſeparatam, quominus etiam hoc reſpectu ut membrum generis humani conſideretur. Denique, non fidens illâ ratione Faber, *Αὐτοφονίαν à ſacroſanctis religionis noſtræ moribus ac legibus adeo fatetur eſſe alienam; ut nec in ſervo, qui ad imaginem Dei Opt. Max. æquè ac liber homo, creatus eſt, toleranda ſit.* Succumbit igitur Cenſuræ.

3. Quid ſi tamen ita dicamus? Hoc loco non agi de approbatione Autophoniæ? Quod ut paradoxum lectori viſum iri non dubito, ſic an παράλογον, à ratione alienum ſit, Videamus. Ante omnia Facti ſpeciem explicemus oportet; Dominus actione de peculio conventus à ſervi Creditoribus, deducere poteſt de peculio, quod ſervus ipſi debet *l.* 5. § 4. *h. t.* Is autem vulnere ſe debilitatavit, & ſic factus eſt deterior heri damno; qui hoc ut debitum è peculio deducere cupit. Negant creditores, & recte, ait Ulpianus; quia non eſt hoc debitum: ſervus enim hactenus non eſt obligatus Domino; mori enim & ſervus poteſt, *hoc ſupra omnem potentiam, certe extra omnem eſt*, ait Seneca *Epiſt.* 26. Proinde *licere naturaliter*, de licentiâ non juris, ſed facti *ſtatuſque naturalis* accipiendum; ut hoc vocabulum ſæpius uſurpari jam probavimus *ad l.* 16. §. 4. *ſupr. de Minorib.* Hoc igitur ad probandam ſervi actionem non pertinet; Nec enim quicunque ſuo jure, id eſt, facultate ſibi competente utitur, recta quoque ratione utitur. Qui res ſuas perdit, jus ſuum, non rationem rectam ſequitur; malè agit, nulli tamen injuriam facit. Ergo nihil eſt hic, quo laudet ſervi facinus Ulpianus, ſed domino cauſam debiti acquiſitam negat. Hæc ſi quis aliquanto ſubtiliora putet, addat Papiniani, cujus Adſeſſor fuit Ulpianus, dictum, *in l.* 3. *in pr. d. Bon. eor. qui ant. ſent. ſibi mort. conſciv.* facti ſceleritatem ei, qui mortem ſibi conſcivit, adſcribentis. Dix. *in part.* 2. *Digreſſ. lib.* 1. *c.* 3. *n.* 6. Quæ plura nobis hac de re occurrent, ſuis locis reſervabimus.

Ulpia-

Ulpianus Lib. XXIX. ad Edictum.

Si hi, qui in poteſtate aliena ſunt, nihil in peculio habent; vel habeant, non in ſolidum tamen: tenentur, qui eos habent in poteſtate, ſi in rem eorum, quod acceptum eſt, converſum ſit: quaſi cum ipſis potius contractum videatur. l. 1. *in pr. d. Rem verſo.*

1. Quid hoc, quod Actio de in rem verſo, ſpecialiter è Contractibus eorum, qui ſunt in aliena poteſtate, datur? An non omnes, ex eo quod de alieno in rem ipſorum verſum fuerit, tenentur ex obligatione, quæ ex Re, id eſt, ex ipſâ naturali æquitate naſcitur? Sic Grotius in *lib.* 3. *cap.* 30. *Introduct.* definit obligationem de in rem verſo, **uyt Baettreckinge** / per quam aliquis ſine prævià tranſlatione juris utilitatem perciperet, ex alienis bonis. Et eod. capite *num.* 48. rationi conſentaneum eſt, inquit, ut quod ex meo in rem alterius converſum fuerit, mihi reſtituatur. Idem Celſus *in l.* 32 *de Reb. Cred. Pecunia mea, quæ ad te pervenit, eam à te mihi reddi, bonum & æquum eſt*, inquit: Nec enim quiſquam ex alieno locupletior eſſe debet *l.* 8. §. 22. *in fin. d. Tranſact.* Unde moribus hodiernis, Actionem de in rem verſo produci ad conjuges, imo ad omnes hominum liberorum contractus, per quos alii ſunt locupletiores, ex Schultzio & Hahnio obſervat Bekmannus *in Obſerv. Pract ad h. tit.* Totâ igitur Juſtitiæ viâ aberrare videtur Jus Romanum, quod de in Rem verſo, contra ſolum Patrem & Dominum agi poſſe docet, quaſi adverſus alios, hac cauſâ nullo modo agi poſſit; imo ſatis hoc diſerte ſupponens, ut hanc eſſe Juris noſtri ſententiam non dubitetur. Sed ex adverſo non dubitant, hunc inter Leges abrogatas articulum referre Cenſores *Bignon. de LL. abrog. lib.* 2. *ſect.* 124. referente Groenewegio *ad d. Grotii locum.* Qui nec ipſe alia mente negotiorum geſtorum, cum hac de in Rem verſo Actione confundit, aut miſcet *ad h Tit.*

2. Sed ad removendam hanc Cenſuram, facit, quod bene Grotius in definitione prædictâ naſci docet obligationem de in rem verſo promiſcuam exinde, quod aliquis eſt locupletior ex alieno, *ſine præviâ juris in ipſum tranſlatione*; quo pertinent omnia, quæ definitioni iſti ſubjicit exempla, ſi heres ſit locupletior ex maleficio defuncti; ſi quis indebitam ab aliis pecuniam accepit; Si pupilli & furioſi impenſis pro illis factis aucti ſunt; Si quis ſine cauſâ, rem vel pecuniam alterius teneat; Si quis meam pecuniam mutuo acceperit, putans illam eſſe Titii pecuniam, quæ eſt ſpecies *d. l.* 32. *d Reb. Cred.* Quando noſtra pecunia immediate in rem alterius, ſine nova juris in ipſum tranſlatione, converſa eſt, tunc ille tenetur. etſi non per filium, ſed per alium quemvis pecunia ad ipſum pervenerit. Sed actionis de in Rem verſo, de quâ in hoc *Tit.* alia eſt ratio, cum in illâ duplex negotium vertatur; Unum inter Creditorem & filium familias, Alterum inter Filium & Patrem. Creditor dedit mutuum filio familias, hoc unum eſt negotium. Filius pecuniam impendit in rem patris, mandatu ejus aut ultro. Inde pater illi tenetur *ex* mandato & hoc alterum eſt ne-

gotium & nova juris in patrem tranſlatio. Jam pone ſimilem caſum in extraneis; Tu dediſti pecuniam mutuam Sempronio, *eſt unum negotium:* quam hic mihi donavit, vel rurſus mutuo dedit, aut in rem meam impendit, *eſt alterum:* Hic jus in me per actum peculiarem eſt tranſlatum. Tu ſi agas contra me, dicam, me nihil egiſſe tecum. Si replicas, ex tuo me eſſe locupletiorem, duplicabo, ex hac cauſa me Titio teneri, non tibi; cum nihil inter nos ſit actum & geſtum. Non eſt ſane ex ejuſmodi cauſâ facultas agendi; Conjunctio poteſtatis Patriæ & Herilis cum filio & ſervo, hanc actionem ſingulari jure produxit. Extra quam ne quidem jure naturali ego tibi ſum obligatus, ut jam diximus in *lib. 2. de Jur. Civit. ſect. ult. cap. 5. n. 7.* Ejuſmodi duplex negotium aut nova juris in alium tranſlatio non fuit in caſibus illis è Grotio ſuprà expoſitis. Nec tamen ab hac æquitate recedimus, quam *in Prælect. ad h. Tit. n. 2.* collocavimus; Te in ſuperiori ſpecie facti, ſi Titius ſolvendo non ſit, utilem & ſubſidiariam videri actionem habere, quâ petas à me, quod Titius à me petere potuiſſet *arg. l. 2. d. Inſt act.*

Juſtinianus Auguſtus.

Itaque ſi ex decem, puta, aureis, quos ſervus tuus à Titio mutuo accepit, creditori tuo quinque aureos ſolverit, reliquos verè quolibet modo conſumpſerit, pro quinque quidem in ſolidum damnari debes: pro cæteris verò quinque eatenus, quatenus in peculio ſit. Ex quo ſcilicet, apparet, ſi toti decem aurei in rem tuum verſi fuerint, totos decem aureos Titium conſequi. Licet enim una ſit actio, quâ de peculio, deque eo quod in rem domini verſum ſit, agitur; tamen duas habet condemnationes § 4. Inſt. Quod cum eo qui al. pot.

1. Locus non tam intricatus, quam in abſurdum & aperte falſum deſinens. Quid enim hoc eſt? unam eſſe actionem, qua de peculio deque in rem verſo agitur, duarum condemnationum? cum nihil clarius ſit, quam utriuſque terminos actionis eſſe diverſiſſimos, & unum ſine altera, non modo poſſe moveri, ſed etiam cum altera plane ceſſat, alteram nihilominus ſæpe moveri poſſe, quod docet Ulpianus in *l. 1. §. 1. h. t.* Quid enim clarius, quam ſi nihil ſit in peculio, attamen in rem Patris aut Domini verſum, nullam eſſe de peculio actionem; eſſe de in rem verſo, & vice verſâ in contrarium; Quid igitur Imperator in hoc loco? Audiamus Vinnium, poſt alios complures; *Hujus loci*, inquit, *hanc eſſe ſententiam puto; non tantum ſingulis actionibus ſeparatim aut de in rem verſo agi poſſe: Sed etiam conjunctim, ut ſimul utrumque caput una formulâ, ita ut proponitur, in judicium deducatur, eamque formam agendi eſſe commodiſſimam.* Intelligimus ſane, conjunctionem harum actionem eſſe utilem & commodam; ſed an inde formari poteſt hæc poſitio; quod una ſit Actio, de peculio & de in rem verſo? Si quandoque fieri poſſit, ut diverſæ actiones conjungantur, quod fieri poſſe, vidimus in *Prælect. ad Tit. de Edend.* nulli tamen in mentem veniat, inde formare Theſin, quod una ſit Actio, quæ ſunt diverſiſſimæ principiis ſuis & uſu. Rei explicationem & uſum conjunctionis facile Vinnius alii-

Digitized by Google

aliique Interpretes & nos ipſi dedimus *ad d.* §. 4. Sed Theſis inde formata reprehenditur, ut falſa & inepta. Nec abſurditatis abſolvi poteſt, ſi hanc poſitionem *licet una ſit actio*, intelligas ut generalem, quemadmodum primo auditu ſe præbet. Accipienda videtur ut particularis, hoc modo; *Licet* aliquando fiat, ut *una ſit actio*, id eſt, inſtar unius actionis, duas tamen habet condemnationes quatenus eſt in peculio, & quatenus in rem verſum eſt; quas habere non poſſet diverſas, ſi nec ipſæ actiones diverſæ forent. Ita non formatur hic hujuſmodi theſis, quam Cenſura ſupponit, *Una eſt Actio de in rem verſo & de peculio*; Sed contrarium ſupponitur; *Actiones* equidem, ut eſt manifeſtum, *eſſe diverſas.* Occupatur autem objectio: Sæpe fit, ut in unam agendi formulam conjungantur intentio de in Rem verſo & de Peculio; quomodo igitur differunt? Reſpondetur; Etſi quandoque in unam actionem, ſive intentionem compingantur, actiones tamen in ſe manent diverſæ, ut indicat diverſitas Condemnationum. Ita nihil in hoc loco abſurdi ineſſe videtur. Uſum rei non addo, facilem & obvium, & è Prælection. *ad d.* §. 4. facile colligendum.

Ulpianus Lib xxix. ad Edict.

Unde rectè dicitur: & ſi frumentum comparavit ſervus ad alendam domini familiam, & in horreo dominico repoſuit, & hoc periit, vel corruptum eſt, vel arſit: videri verſum. Sed &, ſi ſervum domino neceſſarium emiſſet, iſque deceſſiſſet, vel inſulam fulſiſſet, eaque ruiſſet: dicerem, eſſe actionem de in rem verſo. l. 3. §. 7. & 8 d. In Rem verſo.

1. Negat *Autumnus* id æquum eſſe, niſi talis fuerit ſervus, cui generalis adminiſtratio rerum, aut ſpecialis cura familiæ commiſſa fuerit, quo caſu è facto præpoſitionis ſuæ teneatur dominus aut pater: Ideoque ſententiam Ulpiani fidenter uſu adſerit Autumnus exploſam; quod merito negat Groenewegius *ad h.* §. 7. cum quilibet ſervus & filiusf. de in rem verſo dominum & Patrem obliget, nec opus ſit ad obligandum Patrem vel dominum præpoſitione ſpeciali. Si crediti initium in cauſam juſtam non ſufficiat, etſi caſu fortuito non bene ceſſerit debitori, & hoc creditori imputandum ſit, nemo alii credendum putaret, nihilque foret iniquius. Non opus eſt, ut pluribus id perſequar. Tametſi de famulis noſtris hominibus ingenuis, ad quos forte reſpicit Autumnus, cum ad uſum provocat, etſi male contra Ulpianum, nihil ego quidem diſſenſerim; quin non aliter dominus teneatur, quam ſi famulus ei curæ ſit præpoſitus, cum de in rem verſo dominos, in quorum poteſtate non ſunt, obligare non poſſint. Non obſtare adhuc, quod habetur *in l.* 10. §. 6. *h. t.* ubi, *verſum ſic accipimus, ut duret verſum*, diximus in *Prælect. ad Inſt.* §. 3. *Quod cum eo, qui in alien. pot.* & reſpondet Wiſſembachius ad *h. Tit.* §. *ult.*

Alphenus Lib. 11. Digeſt.

Quidam fundum colendum ſervo ſuo locavit, & boves ei dederat. Cum hi boves non eſſent idonei, juſſerat eos veniri, & his nummis, qui recepti eſſent, alios reparari. Servus boves vendiderat; alios redemerat: nummos venditori non ſolverat: poſtea conturbaverat. Qui boves vendiderat, nummos à domino petebat actione de peculio, aut quod in rem domini verſum eſſet: cum boves pro quibus pecunia peteretur, penes dominum eſſent. Reſpondit, non videri peculii quicquam eſſe, niſi ſi quid, deducto eo, quod ſervus domino debuiſſet, reliquum fieret. Illud ſibi videri, boves quidem in rem domini verſos eſſe: ſed pro ea re ſolviſſe tantum, quanti priores boves veniſſent: ſi quo amplioris pecunia poſteriores boves eſſent, ejus oportere dominum condemnari. L. 16. d. in Rem verſo.

1. Hoc Alpheni reſponſum, de facto ſatis perſpicue & eleganter enarrato, *Autumnus* ait eſſe iniquum & acerbum, & vetuſtate ſublatum ex uſu hominum, & opinione Juris Interpretum, quos inter Ulpianus aliter reſponderit in *l.* 5. *§ pen. d. Tribut. act.* ubi; *Sed ſi dedi mercem meam vendendam, & extat: videamus, ne iniquum ſit, in tributum me vocari. Et ſi quidem in creditum ei abit, tributio locum habebit. Enimvero ſi non abiit: quia res venditæ non alias deſinunt eſſe meæ, quamvis vendidero; niſi ære ſoluto, vel fidejuſſore dato, vel aliàs ſatisfacto: dicendum erit, vindicare me poſſe.* Prius ad hoc reſpondeamus; Alphenus ſententiam dixit de his, quæ propoſita ſunt. Quæſtio, de qua conſultus eſt, non fuit alia quam ſuper actione de peculio & de in rem verſo conjunctis, ex inſtituto Juſtiniani *in* §. 4. *Inſt. Quod cum eo qui al. pot.* de quo prolixè egimus. Non fuit conſultus, an Venditor boves apud Dominum adhuc extantes vindicare poſſet. Ad hoc ſine dubio reſpondiſſet ita, ut juris eſt: Si venditor fidem non habuiſſet de pretio, dominium adhuc ipſius & vindicatio parata fuiſſet, quod ipſum docet Ulpianus in objectâ *l.* 5. §. *pen.* convenienter ei, quod Juſtinianus habet in §. *vendita vero* 41. *Inſt. A. R. D.* Nec quidem dubitandum, quin Venditor habuerit fidem; alioqui ſine dubio vindicaſſet boves directè. Fruſtra igitur Ulpianus opponitur Alpheno, ſpeciebus facti diverſis.

2. Nihilo magis obſtat *Autumni* ratio, quæ ſequitur; Non eſt verum, *inquit*, dominum pro bobus, quos habet ſalvos, tantum ſolviſſe, quanti priores væniiſſent, cum pretium venditor non receperit, cui ſervus nummos non ſolverat: quaſi hæc res penderet ab eo quod Venditor accepiſſet potius, quam ex eo, quod dominus ſervo præſtitiſſet. Hoc enim in actione de Peculio & de in Rem Verſo conſideratur, quod Autumnus, etſi ab Alpheno indicatum, non intellexit. Servus qui *conturbaverat*, hoc eſt, diſſipaverat peculium, & hoc, cui præpoſitus erat, perdiderat, nihil habebat in peculio; vel ſi boves illi in peculio fuerint, horum pretium debebat domino; qui proin de peculio conventus, deducere poterat, quod ſibi debebatur, id eſt, hos ipſos boves, juxta definitionem actionis de peculio *l.* 5. §. 1. *d. Pecul.* Sic etiam, verſi quidem erant in rem domini boves, quod urget Autumnus; ſed actio de in rem verſo

ceſſat,

Digitized by Google

ceſſat, quando verſum non durat, hoc eſt, quando pater vel dominus ſervo aut filioſam. jam ſolvit *l.* 10. §. *Verſum* 6. *d. in Rem verſo.*

3. Succedit aliud Autumni argumentum; Si mutuatus ſit pecuniam ſervus ad veſtem comparandam, etſi tam pecunia, quam veſtis periit, dicendum erit Dominum teneri *l.* 3. §. *ult. l.* 17. *d. In rem verſ.* Multò magis igitur, ubi res extat, etſi culpâ ſervi perierint nummi ex venditione boum recepti, domini potius quam venditoris, ad quem nummi non pervenere, periculum erit. Hoc argumentum habet ſpeciem, vim juris non habet: Pendet à ſano intellectu hujus regulæ, *Verſum ſic accipimus, ut duret verſum, d. l.* 10. §. 6. Si vere quidem verſum ſit, at ſolutione vel præſtatione reali ſolutum & ſatisfactum ſit à domino, tunc minime durat verſum, nec dominus conveniri poteſt de eo quod jam ſolvit aut præſtitit ſervo. Quod ſi creditum ſit in rem domini, ſed caſu fortuito cum effectu in rem ejus verſum non ſit, ac eo modo non duret verſum, ut ſi frumentum ad alendam familiam emptum arſerit aut corruptum ſit, hoc caſu dominus tamen de in rem verſo tenetur *l.* 3. §. 7. *d. in Rem verſ.* Ita hæc Autumni ratio labitur.

4. Ultimum quod adducit, eſt ex Accurſio, melius quam de ſuo quod deprompſit. *Stultus*, ait Accurſius, *fuit hic venditor, qui dominum actione Quod Juſſu non convenerit, quâ poterat conſequi totum, non obſtantibus exceptionibus, quæ hic allegantur.* Nec ita multum abeſſe videtur, quin ſtultus fuerit Alphenus, cui in mentem non venerit hujus actionis remedium. Ad actionem enim Quod Juſſu ſufficit, dominum juſſiſſe, quod hic fecerat, etſi nihil ſit in peculio, vel in rem verſum, ut eſt *in Tit. ſequ.* Addit Autumnus appoſitè: Cum formulæ actionum ſublatæ ſint, actiones, ut in factum, inſtituantur hodie, Legem Alfeni inutilem eſſe, dubitari non poteſt, *inquit.* Nam ſi verum eſt, ex natura negotii Actionem Quod juſſu dari, Judex propoſita negotii narratione eandem actionem dare debet, etſi nomen actionis in ſpecie non fuerit expreſſum. Quod eſt verum ex uſu hodierno, ſi negotium ſimpliciter ſit enarratum; non æque, ſi actio certa, quæ uſu non venit, perperam inſtituta ſit, quemadmodum hic à venditore factum erat. Igitur ad Accurſii objectionem ita reſpondemus; Actori non videri conſtitiſſe de Juſſu, nec eum potuiſſe probari; cum alioqui veriſimile non ſit, in mentem illi non fuiſſe venturum, aut patronis ejus, tam expeditum remedium. Alfenus autem aliter quam ſecundum ea, quæ de facto proponerentur, conſulere non potuit. Idem ad Autumni obſervationem practicam tenendum.

5. Quo autem aliquanto propius hæc res uſui noſtro admoveatur, ponendus eſt caſus, non ſervi, ſed coloni ingenui, noſtro nomine juſſuque agrum colentis, cui equos aut boves dedit Dominus; Et cum minus idonei eſſent, hic juſſu domini jumenta vel pecudes vendidit, alioſque redemit equos, aut vaccas, ut fert uſus agriculturæ. Sed pretium, quod ex animalibus venditis redegerat, non ſolvit huic novo venditori; Suppreſſit & diſſipavit omnemque ſuam adminiſtrationem conturbavit. Agrum dereliquit, dominus occupat animalia & omne ruſticum inſtrumentum. An venditor adverſus eum agere non poterit ad pretium petendum? Non eſt dubium, quin poſſit, non de in rem verſo

Digitized by Google

ſo actione, multo minus de peculio, quæ nunc penitus ceſſat [illegible], ſed ad exemplum Inſtitoriæ actionis, cui hoc ſpecimen eſt ſimillimum, ſi non prorſus idem per *l. 3. d. Inſtit. act.* ubi, *Cuilibet negotiationi l. 19. in pr. eod. l. 13. §. 25. d. Action. Empt.* Hanc ſcil: Inſtitoriam quod non potius, præ Quod Juſſu, inſtitueerit venditor, id arguerem ſtultitiæ magis, quam quod Accurſius notavit; quia Quod juſſu actio, requirit ſpeciale factum Juſſionis, quod difficilioris eſt probationis, quam univerſa præpoſitio Agriculturæ. Niſi hoc intereſt reverâ; In ſpecie hujus Legis vix eſt, ut Inſtitoriæ utili fuiſſet locus, quia fundus ſervo fuit locatus: quo caſu nec hodie utilis inſtitoria daretur; Quia conductor ſuum, non locatoris negotium gerit in univerſum; ſecus ac colonus famulus, quem noſtri vocant, **een zetmeijer**. Rurſus ergo quæritur, Dominus conductori colono jubet equos à ſe datos ad opus ruſticum inutiles vendere, & alios, ut hic eſt caſus, redimere. Fecit hoc; Venditor illi fidem habuit de pretio. Dein colonus conturbavit, & non ſolvendo cum eſſet, fundum dereliquit: dominus equos occupavit. Venditor equos vindicare non poteſt, quia fidem habuit, & eſt creditor; hoc autem jure non poteſt præferri domino fundi. Sed agit Quod Juſſu, quem probat ſpecialiter interveniſſe. An actio quod Juſſu locum habebit, ex facto coloni ingenui & conductoris? Quæſitu digna res, decidenda per ea, quæ paulo inferius ad *l. 1. Quod Juſſu* dicemus, è quibus ita diſtinguendum; Si colonus juſſum præ ſe tulerit, & vi juſſionis contraxerit, eaque probari poſſit, actio duntaxat utilis contra jubentem datur. Si vero juſſum præ ſe non tulerit, verum ſimpliciter & ſuo nomine contraxerit, etſi alter juſſum probare poſſit, tamen actio contra dominum è contractu Coloni non datur.

Scævola Lib. v. Digeſtor.

Filiamfamilias (quis) duxit uxorem, patre dotem promittente. Et convenit inter omnes perſonas, uti eam pater, aut ipſa ſe tueretur. Maritus ei mutuos nummos dedit, cum juſtè putaret, patrem ejus miniſtraturum ſalarium, quantum dare filiæ ſuæ inſtituerat. Eos nummos illa in uſus neceſſarios ſibi, & in ſervos, quos ſecum habebat, conſumpſit: aliquantum &, cum ei res familiares creditæ eſſent, ex pecunia mariti in eaſdem cauſas convertit. Deinde prius, quam pater ſalarium expleret, moritur filia, pater impenſam recuſat. Maritus res mulieris retinet. Quæro, an de in rem verſo adverſus patrem actio competat. Reſpondit, ſi ad ea, id quod creditum eſt, erogatum eſſet, ſine quibus aut ſe tueri, aut ſervos paternos exhibere non poſſet, dandam de in rem verſo utielem actionem L. ult. d. in Rem verſo.

1. Hic textus, rei familiaris inter conjuges imaginem apud Romanos exhibet, qui ſeparatis inter ſe bonis, alter alteri, quaſi extranei videbantur, quibus hodierni mores non paulo meliores ſunt, ut Cenſet Groenewigius *ad h. l. ult.* Videamus, quid hujus rei in hac Lege ſit; Primo. Virum alere & exhibere, id eſt, tueri uxorem debuiſſe liquet, niſi pactis dotalibus conveniſſet, ut ipſa ſe,

Digitized by Google

ſe, vel pater ipſam tueretur. Dein, Maritos in arbitrio habuiſſe, rei familiaris adminiſtrationem eis credere vellent, an ſecus; & cum hoc facerent, id de mariti ſolius pecuniâ illas facere ſolitas fuiſſe. *Si* quid illis mutuo darent mariti, id ab ipſis, vel à parentibus, ſi tutelam filiarum nuptarum in ſe recepiſſent, recuperare potuiſſe. Denique, nullam inter conjuges ſocietatem fuiſſe, nec ipſarum ſortium, nec redituum, lucrorum aut detrimentorum. Quod ipſum ex eâdem ſpecie facti traditum fuit *in l.* 20. *proxime præcedente pr. h. t.* idque primum Antonio Fabro Cenſuræ argumentum eſt, quod Tribonianus, qui à Juſtiniano mandatum acceperat, idque à ſe impletum gloriatur *in Conſt. de Confirm. Digeſt.* ne qua *ſimilia*, non magis quam contraria Pandectarum excerptis inſereret, hoc modo paſſim neglexerit, ſed etiam in eodem titulo, locis immediate conſequentibus, tam notabiliter violaverit præceptum Imperatoris: oſcitantiæ ſcilicet, incomparabilis argumento! Bona verba! Ne ſimus adeo ſervi in exigendis operis, à ſcriptoribus in præfationibus operum ſuorum condictis. Ne ſolum putes Auctorum fuiſſe Tribonianum, qui plus ſperaverit, quam præſtare potuerit. Sed in hoc ego ne quidem ſimilitudine lapſum fuiſſe memoriâ credo: Locorum vicinia, credere vetat. Sed primus locus in *in l.* 19. rem ſummatim collocat, hic vero fuſius explicat; hæc repetitionis cauſa juſta ſatis eſt, ne reprehenſionem mereri videatur.

2. Quod attinet ad comparationem ſtatus matrimonialis antiqui & recentioris, hæc res ex eorum numero eſt, quæ à duobus lateribus adſpici poſſunt. Arctitudinem ſocietatis conjugalis, quæ conſortium omnis vitæ, divini & humani juris communicationem adfert *l.* 1. *d. Rit. Nupt.* non abhorrere à communione bonorum, imo hanc ei bene ſedere, non poteſt negari; ipſiſque Romanis ea non utentibus, adeo laudata & præclara fuit, ut Martiali Poetæ minus hyperbolico, expreſſerit hos ſatis notos verſiculos, *lib.* 4. *epigram. ad Nigrinam.*

> *Te patrios miſcere juvat cum Conjuge cenſus,*
> *Gaudentem ſocio participemque Viro.*
> *Arſerit Euadne flammis injecta mariti,*
> *Nec minus Alceſtim fama ſub aſtra ferat.*
> *Tu melius certè meruiſti pignore vitæ,*
> *Ut tibi non eſſet morte probandus amor.*

Quam non uſu pulchrum fuerit, uxorem ſe ipſam de ſuo tueri, rem familiarem ut alienam curare; quam minus hoc utile communibus liberis fuerit, intelligi ex eo poteſt, quod ubi hodie talis ſeparatio viget in familiis, non modò deforme, ſed etiam diſcors matrimonium, & perverſum regimen domeſticum eſſe atque haberi ſolet. Videtur etiam effectus inde fuiſſe additus, & aucta res ad uſum veteris proverbii, Romanis celebrati matronis; *Ubi tu Cajus, Ego Caja*, Plutarcho *in apophth. Rom.* memorati: Cum enim mulier ſuum ſola patrimonium regeret, à viro independenter, non poterat fieri, quin regnaret in divitiis ſuis, idque potentius quam ſi dotis freno ſubactum haberet maritum. Si vellet, aliquâ parte moleſtiæ ſe liberare, bonorum regimen illi pro parte permittebat; ubi vellet, iterum auferebat *l.* 8. *C. de Pact. Convent. ſuper dot.*

 Ad 3.

Digitized by Google

3. Ad hæc ut reſpondeatur, ſciendum, uxores olim nupſiſſe, vel per conventionem in manum mariti, vel per uſurpationem. Priore modo Vir omnium uxoris rerum dominus fiebat. Hæc acquiſitio & conventio in manum bifariàm fiebat, per coëmptionem, aut per uſucapionem. Coëmptio fiebat per æs & libram, quemadmodum Arrogator emebat liberos, ut Auguſtus emit Caium & Lucium à Patre Agrippa, *apud Suetonium*, ut teſtis eſt de nuptiali emptione Servius ad Virgilii verſum 1. *Georg.*

Teque ſibi generum Thetys emat omnibus undis:

ſicut habemus in Jure, addit Servius. Addebatur huic emptionis ritui, maximè in flaminibus, panis farreus; unde & *Confarreatio* dicta hæc in manum conventio. Altera ſpecies erat, per uſucapionem annalem, quia, ſicut aliarum rerum mobilium, ſic etiam uxoris cum rebus ſuis dominium acquirebatur, ex Lege. XII. Tabularum, anno. Quod ſi mulier ita nollet uſucapi, nec eſſe in manu Viri cum bonis ſuis, uſurpare ſe ipſam poterat, hoc eſt, interrumpere uſucapionem annalem, ſeceſſu tridui ante finem anni, quo à Viro ſecubabat, ac alibi pernoctabat, ex eâdem Lege XII. tabularum, teſte *Gellio lib.* 3. *noct. Act. cap.* 2. quemadmodum ſeorſim ab aliis Antiquariorum & à Briſſonio probavimus in *part.* 2. *Digreſſ. c.* 17. *n.* 4. 5. 6. Hoc Matrimonium per Uſurpationem placuit poſteritati, & deſueto coëmtionis & uſucapionis omnique jure Conventionis in manum Viri, matronæ omnes abſque uſurpationis neceſſitate, ſui juris, & perſonæ & bonorum reſpectu, habitæ ſunt, quemadmodum alio ſenſu, aliâve toto Jure Juſtinianæo facultate cognitæ non ſunt; Nec erraverit forte, qui formulam *Ubi tu Cajus, ego Caja*, putet uſurpatam fuiſſe à novis matronis, quibus non erat animus, in manum convenire, ſed uſurpare ſe ipſas.

4. Quemadmodum igitur uſurpatione mulieres ſe ſuaſque res omni juri maritali eximebant, ita deinceps in univerſum omnes ſui juris, rerumque ſuarum Dominæ & Arbitræ, cum ſtatus uſurpationis ordinarius eſſet, fieri & eſſe debuerunt, exceptis dotibus, quæ Virorum propriæ, ſub onere reſtituendi, factæ ſunt, & ſi quid de reliquis femina, Virorum curæ tradendum putarent *d. l.* 8. Sicut autem hæc res, potentiæ mulierum contra viros incrementum addebat, ita non deeſt, quod in illo inſtituto, pro Viris, contra mulieres, obſervare licet. Nam ſi verum eſt, ſicut eſt, quod dicitur, Eum qui ſocium habet, herum habere; quia ſine alterius conſenſu nihil in re communi facere poteſt; ſi rurſus eſt verum, ut res & jura docent, Communionem eſſe matrem diſcordiæ, & æqualitatem facere pugnam, ἡ ἰσοτιμία μάχην ποιεῖ, ut Chryſoſtomus; non poteſt negari, quin ſublata communio bonorum inter Conjuges, domeſticum Viri imperium ſtabiliverit, uxore nihil in re familiari juris habente, quam ut officia & obſequium Viro præſtaret, à quo alebatur & exhibebatur; niſi id oneris ipſa vel pater ejus, ut in hac L. factum, in ſe reciperent. Quemadmodum & illud fuit ingens & ſalutare commodum in hoc inſtituto; quod Viri poteſtatem non habent, uxorum patrimonia effundendi, ut toties hodie fit, ubi ſocietas bonorum, quicquid habent matronæ, maritorum arbitrio permittit, ſummo tam privatæ quam publicæ utilitatis damno: in cujus parte notabili ſemper habita ſunt mulierum bona nuptarum *l.* 1. *d. Solut. matrim.* Con-

cludi

cludimus igitur hanc diſputationem verbis Imperatorum Theodoſii & Valentiniani. *Quamvis*, ajunt, *bonum erat, mulierem, quæ ſe ipſam marito committit, res etiam ejuſdem pati arbitrio gubernari: Attamen quoniam Conditores Legum Æquitatis convenit eſſe fautores, nullo modo, prohibente muliere, Virum in paraphernis ſe volumus immiſcere l. 8. C. de Pact. conv. ſup. dot.* Sunt rationes non ſpernendæ pro utroque inſtituto, tam Separationis quam Societatis bonorum Conjugalis univerſæ: Quarum comparatio facit, ut mediam præferamus ſententiam & conſuetudinem, quæ ſalvâ utrique conjugi Patrimoniorum ſubſtantiâ, reditus, lucra, damna ipſo jure communia facit, quod jus cum in Patria noſtrâ tum in aliis noſtri ſeculi populis obſervatur. Præ quo mos erciſcundi Romanus nimis rigidus, & Communio univerſa nimis effuſa videtur. Illam omnium fere gentium hodierni mores improbant; hanc etiam quicquid eſt hominum prudentiorum in populis, qui infinitam inter Conjuges bonorum communionem receperunt, hoc ipſo vituperat; quod pactis dotalibus non ceſſant mediam inſiſtere viam, & ſancire communionem, ſalva ſorte, redituum, lucrorum & detrimentorum. Jus Romanum à Cenſurâ tutum eſt: Nam rationes pro Communione ſunt probabiles duntaxat & ſuaſoriæ; Quæ cuique ſuum adſerunt patrimonium, ſunt juris perfecti & Juſtitiæ expletricis, quæ ſuum cuique Tribuendum eſſe maximâ ſanctiſſimâque voce præcipit & inculcat.

Ulpianus Lib. xxix. ad Edict.

Merito ex juſſu Domini, in ſolidum, adverſus eum judicium datur. Nam quodammodo cum eo contrahitur, qui jubet l. 1. pr. Quod Juſſu.

1. Actio Quod Juſſu eſt ex iis, quæ dantur adverſus Dominum vel Patrem, è contractu ſervi vel filiifamilias, illorum juſſu, inito *h. l. 1. l ult. in pr. h. t.* Proinde ſi quis ſui juris homo Tecum juſſu alterius contraxerit, tu contra jubentem non habes actionem; Eſt enim regula, quod alius per alium non obligatur, niſi per eos qui ſunt in poteſtate ſuâ §. 4. *Inſt. de Inutil. ſtipul.* adeo, ut ne quidem inter Mandatorem & eum qui cum mandante contraxit, invicem actio naſcatur, niſi mediante ceſſione *l. 49. § ult. d. Acquir. Poſſ.* Quæ res perverſe comparata, & iniqua vel hac ratione videtur, quæ eſt in hoc textu, quod cum eo *qui jubet, ipſo, quodammodo contrahatur.* Unde Pragmatici Æquitatis laudatores non dubitant, quin hodie inter Jubentem & cum qui cum Juſſionario contraxit, utilis actio Quod Juſſu, vel ex eo qui celebratus eſt, Contractu detur, ut Bœmannus ex Oldendorpio & Hahnio tradit *in obſerv. Pract. ad h. Tit.* Quod dubium habere non videtur, ſi Juſſionarius in ea qualitate, vi Juſſionis cum aliquo contraxerit: id quod bifariam fit; primo ſic, ut habetur *in l. ult. pr. h. t.* Si quis Mutuum accepturus juſſerit alii, nomine jubentis acceptoro, pecuniam numerari. Tunc enim interpoſitus ille, magis ut miniſter & inſtrumentum, quam perſona contrahens, adſpicitur. Ideoque nec ipſius actionis quod juſſu termini tunc adeſſe judicantur, ſed ipſe jubens unicus eſt contrahens. Alter modus, quo jubens tenetur, eſt; Quando juſſionarius ipſe contraxit

traxit, attamen juſſum præferens & nomine jubentis; Quo caſu utilis actio contra jubentem datur *L. Julianus* 13. §. *ſi procurator.* 25. *d. Action. Empt.* Ubi de mandato quidem agitur; ſed, etſi aliquod ejus à juſſu diſcrimen ſit, quod hoc vocabulum majorem in jubente poteſtatem ſupponat, hac in parte tamen eadem utriuſque ratio eſt. *l.* 1. §. 3. *b.* cum & Ratihabitio tandundem valeat ac juſſus ad hunc effectum *l.* 1. §. 6. Verum enimvero, ſi is qui Juſſum habet ab alio, ſimpliciter contraxerit, non ut juſſus; etſi Tertius contrahens juſſum probare poſſit, tamen adverſus jubentem non videtur habere actionem; niſi inde, ſine alio actu juris acquiſiti, locupletior ſit factus; quia verum eſt, è contractu non naſci obligationem, niſi inter contrahentes, nec alium ex alterius contractu, inquam, agere vel conveniri poſſe, niſi Caſibus exceptis, Exercitoriæ, Inſtitoriæ, Quod juſſu, de in Rem verſo, quos habuimus. Nec id moribus hodiernis aliter obtinere putem. Quid enim? Juſſi Titio vel mandavi, ut aliquid emeret, vel mutuam ſumeret pecuniam. Titius emit vel mutuum ſumpſit, à Te, non meo nomine, ſed ut pro ſe. Si pecunia ad me pervenerit, bene eſt, Ego re ſum obligatus, quia directè ſum locupletior ex tuo. Sed pone, pecuniam vel rem ad me non perveniſſe, Tu me convenis. Ego, nihil tecum egi, inquam; *Tu*, ſed juſſiſti, & ex Juſſu teneris. *Ego*, Imo juſſus eſt actus inter me & Titium. Contractus è quo tu agis eſt inter Titium & te. De Juſſu igitur eſt Actio inter me & Titium. De Contractu inter Te & Titium. Hæc miſceri non debent, neque poſſunt, hodie non magis quam olim.

EUNO-

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM XVI.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Paulus Lib. xxx. Edictum.

V*Ellejano Senatusconſulto pleniſſimè comprehenſum eſt, ne pro ullo feminæ intercederent. Nam ſicut moribus civilia officia adempta ſunt feminis, & pleraque ipſo jure non valent: ita multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non ſola opera, nudumque miniſterium earum verſaretur, ſed etiam periculum rei familiaris l. 1. pr. & §. 1. Ad Senatuſc. Vellei.*

1. Mulier, tam quæ pro alio ſe obligavit fidejubens, quam obligationem alienam in ſe recipiens, aut mutuam pecuniam in alienos uſus accipiens, non obligatur, nec actio petitioque adverſus eam datur, etſi naturaliter non minus obligatur, quam filiusfam. ex Scto Macedoniano *l. 1. ad SC. Macedon.* Quid autem? an jus Civile tollere poteſt obligationem naturalem, mulieremque ſolvere lege ſanctiſſimâ generis humani, ſancita divinitus, *Serva fidem, quam dediſti*? idque rationibus tam frivolis, quam ſunt, quæ in hac *lege* 1. proſciuntur, Quid enim hoc? Mulier intercedere pro aliis non poteſt, quia moribus ab Officiis civilibus removetur. Eſtne Fidejuſſio officium civile, quod idem cum publico habetur. *l. 2. pr. d. R. I*? Contractus inter privatos, & privatis è cauſis initus inepiè Civilibus officiis accenſeri videtur. Minus ad rem pertinet altera, de periculo rei familiaris; quaſi iniquum eſſet, feminas ſuo facto ſuâque voluntate ſubire periculum aliquod rei patrimonialis. Quibus aliisque

 ratio-

Proverb. c. 6. 1. 2. ut multis improbaſſe viſus ſit fidejuſſiones; hoc in mulieribus ſaltem prohiberi, quarum animus maximè in lubrico eſt, ut Seneca, non poteſt à ratione alienum, vel è Republ. non videri; quando ut donandi tenaces in præſenti, ita ſubveniendi aliis, ubi nihil erogandum, faciles, crebris olim experimentis repertæ ſunt. Major igitur & juſtior prohibendi mulierum interceſſiones cauſa fuiſſe videtur Auguſto, quam Henrico IV. tollendi in Galliâ Senatus Conſulti Vellejani, ut cum feciſſe teſtatur Autumnus, Edicto anni M D C VII. & Mornacius *ad h. t. & ad l. ult. D. de Jur. & fact. ignor.* Bene igitur Legiſlator Romanus.

2. Altera Cenſuræ conſideratio eſt in uſu hujus Senatus Conſulti; quem ſi mulieribus, ſalva animi ſui Conſcientiâ, niſi caſibus à D. vander Muelen expoſitis, adhibere non liceat, metuendum eſt, ne magna pars Juris, medicina quidem patrimoniis, ſed toxicum ſit animabus. Exiſtimo, ſi mulier importunis amicorum precibus, facilitate ſexus, miſeratione hominum in anguſtiis rerum ſuarum deprehenſorum, reverentia mariti aut aliorum adducta, firmum & purum adhibuerit conſenſum interceſſionis, poſſe illam uti pænitentiæ facultate, quam Lex ei impertitur; modo abſit omnis ipſius dolus & fallendi propoſitum: addam, intentio valida & enixa ſuccurrendi amicis, etiam cum periculo ſuo, fere quemadmodum in *Prælect. ad h. t. in fine* conſtituimus. Et ignoſci velim, quod in locum de obligatione naturali, hic non excurro prolixius, quem noviſſime pleniore manu executi ſumus in lib. 3. de Jure Civit. *ſect.* 1. *c.* 3. ubi *de Obligatione Conſcientiæ ex Legibus.*

Ulpianus Lib. xxix. ad Edictum.

Si mulier poſt interceſſionem ſic ſolverit, ne repetere poſſit: juſtè prior debitor actionem recuſat. Sed cum relevatur reus, ſi mulier ſic ſolvit, ut repetere non poſſit: & cùm ei mulieri, quæ repetere non poterat, ſi ſolviſſet; accepto tulit creditor, ſimiliter relevatur reus. l. 8. §. 10. *Ad Sc. Vellej.*

1. Adverſus hunc locum ut à Triboniano in gratiam ſexus muliebris, qui regnabat in Aulâ Juſtiniani, corruptum & rationi contrarium prolixe & argutè diſputat Antonius Faber in *lib.* 8. *conject. c.* 2. Cujus refutationem moleſtam & intricatam, ſi poterimus, expoſitione idoneâ occupare conabimur. Mulier apud Primum pro Secundo intervenit & mox pro Primo apud Tertium creditorem ejus; Ulpianus hac de re ſimpliciter ait, eſſe duas interceſſiones, utramque effectu carentem propter Senatus-Conſultum Vellejanum. Sed Marcellus ita diſtinguit. Aut mulier apud Tertium ſimpliciter interceſſit, aut *quaſi debitrix*, ob priorem interceſſionem. Hanc diſtinctionem *applicat*: Si quaſi debitrix delegata ſit, una eſt interceſſio nempe prior, hæc poſterior tum pro interceſſione prohibitâ non habetur, quia tum mulier in rem ſuam intercedere videtur (non expreſſo videlicet, quod *ex interceſſione* priore debitrix eſſet) Si interceſſit ſimpliciter, duæ ſunt interceſſiones. Hoc poſterius membrum diſtinctioni non applicat, ſed intelligendum præbet Juris-conſultus. Ideo mox cum

ea:

Digitized by Google

caſum, quo mulier quaſi debitrix intervenit, vocat *primam* viſionem, ut eſt verè in noſtrâ expoſitione, cum ſecundum verba Legis, ille caſus ſit ſecundus, unde criſis Gloſſæ & Fabri. Sed quia Ulpianus ſecundum caſum calamo preſſum, in conſpectu animi habuit, ex naturâ negotii potius, quam ordine verborum, caſum expreſſum vocavit *primum*, quia ſequi debebat alter. Proinde, ſi quaſi debitrix apud Tertium interceſſit, non daret Marcellus exceptionem mulieri, quia nec Vellejus ſuccurrit mulieribus in rem ſuam intervenientibus, quod hæc mulier præ ſe tulit *l.* 3. *l.* 8. §. 13. *h.* Attamen quia verè interceſſit idque primus, cui profuit interceſſio, bene ſcivit, adverſus illum habet regreſſum, ut eſt in *fine* §. repetendo quod ſolvit ex ſecundâ interceſſione, ſi damnata ſit, ut debuit; vel ante condemnationem, condicendo liberationem, id eſt, petendo, ut Primus ipſam liberaret. Si quis hoc modo facti ſpeciem cum textu & ratione conferat ac conciliet, illum ad Fabri argumenta non difficulter reſponſurum exiſtimo. De *viſionis* verbo quod dicit eſſe notam Tribonianiſmi diximus alias, Briſſonio & Antonio Auguſtino, eximiis Latinitatis cenſoribus, ſatis Latinum illud vocabulum pro illius ævi ratione videri.

Pomponius Lib. 1. Senatus Conſultor.

Si mulier pro eo, pro quo interceſſerit, judicium parata ſit accipere, ut non in veterem debitorem actio detur: quoniam Senatus conſulti exceptionem opponere poteſt, cavere debebit, exceptione ſe non uſuram: & ſic ad judicem ire. l. ult §. pen. de Scto Vellej.

1. Ex hoc textu Communis opinio fluxit, Mulierem uti non poſſe Vellejano Scto, ſi beneficio ejus renuntiaviret, addito argumento *l.* 40. *in pr. d. Condict. Indeb.* unde ratio differentiæ peti ſolet, cur filiusfamilias Sto Macedoniano renuntiare nequeat; ſecus ac mulier de Vellejano poſſit, quia hoc in favorem ſexus, illud in odium Creditorum ſit conſtitutum. Sed hoc jus non immerito Anton. Faber, ad *h. l.* ut à ratione juriſque Civilis connexione alienum arbitratur, ſequutus in eo Bartolum alioſque non ſpernendos auctores, qui abſurdum exiſtimant, mulierum interceſſions reddere nullas; & ſimul illis dare facultatem abjiciendi ſanctionem legis, eâque incaſſum prohibente, fidejuſſiones & interceſſiones committere validas, cum ſatis conſtet, qua facilitate intercedunt, eâdem renuntiare ſolere mulieres. Diſtinguunt igitur inter Renuntiationes inde ab initio juxta interceſſionem factas, & quæ poſtea ſunt interpoſitæ; de tali hunc locum eſſe intelligendum, non de eâ, quæ fit ab initio; quam revera Cenſurâ dignam fore non dubitant illi Auctores.

2. Sed, etſi rationes illæ ſpernendæ non ſint, à Communi tamen ſententiâ cur recedendum ſit, perſuadendo non ſufficiunt: In contrarium rationes modo relatæ prævalent, ne diutius quæſtioni vulgatæ inhæreamus. Ad Cenſuram, reſponſio peti poteſt ex eo, quod ad locum præcedentem diximus; Si mulieres animo ad intercedendum acriter inducto & enixe determinato progreſſæ fuerint, non eſſe iis integrum, ſalvâ conſcientiâ, uti Vellejano. Neque tam

 lex

lex omiſit illam limitationem, quia minus eam probat, quam quia præſumptio eſt pro imprudentiâ & facilitate ſexus. Quod ſi evidenter conſtet, mulierem nolle SenatusConſulto ſe tueri, tametſi nihil expreſſerit, hoc ipſo tamen, quod exceptionem Senatus Conſulti non opponit, condemnatur, ut Faber ipſe docet *hic*, & probatur *ex l. 11. de Scto Macedoniano.* Eodem pertinet, quod ſi mulier poſt biennium Interceſſionem repetierit, Senatus Conſulti beneficium ad hanc novam interceſſionem eludendam, adhibere non poteſt. Denique, mulierem Tutelæ officium adeuntem non aliter admittunt Leges, quam ſi Vellejano SenatusConſulto renuntiet *l. ult. C. Quand. mul. Tut. off.* Quæ non tam eſt exceptio, ut Faber vult, quam ex loco Communi de Renuntiando, ad uſum ſpecialem applicatio.

Juſtinianus Auguſtus.

In bonæ fidei judiciis libera poteſtas permitti videtur judici, ex bono & æquo æſtimandi, quantum actori reſtitui debeat. In quo & illud continetur, ut, ſi quid invicem præſtare actorem oporteat, eo compenſato, in reliquum is, cum quo actum eſt, debeat condemnari. Sed & in ſtricti juris judiciis ex reſcripto divi Marci oppoſita doli mali exceptione, compenſatio inducebatur. Sed noſtra Conſtitutio eaſdem compenſationes, quæ in re apertâ nituntur, latius introduxit, ut actiones ipſo jure minuant, ſive in rem, ſive in perſonam, ſive alias quaſcunque: excepta ſola Depoſiti actione, cui aliquid compenſationis nomine opponi, ſane iniquum eſſe credimus: ne ſub prætextu compenſationis, depoſitarum rerum quis exactione defraudetur. §. 30. *Inſt. de Act.*

1. Inter Capita Juris non cohærentia & abſurda ponit hunc locum D. A. Matthæus *Diſp. Fund. 1. th. 20.* Exceptio debet eſſe de Regula, quæ non tam eſt ſcholæ veteris & jam fere exploſæ, quam ſanæ doctrinæ regula. Sed hæc exceptio non eſt de Regula. Nam Compenſatio, de quâ hic agitur, & quam ipſo jure fieri, virtute ſuæ Conſtitutionis prædicat Imperator, non poteſt habere locum in ſpeciebus, ſive corporibus; quia cum ipſo jure, id eſt, ſine ullo hominis, judicis vel partium facto committatur, ex rerum natura, uſum habere non poteſt; niſi in rebus fungibilibus, quarum una alterius vice promptè & expedite poteſt fungi. Sed in rebus, quarum inæquale pretium æſtimationem hominum requirit, vis tollendi vel minuendi obligationem, ipſo jure, quæ factum hominis excludit, nullam poteſt habere facultatem, ut in *Prælection. ad h. t.* demonſtratum & ab omnibus adfirmatum eſt. Quomodo igitur à Regulâ Compenſationum excipitur Depoſitum, quod eſt de reſtitutione rei in ſpecie, ſive corporalis? Si quis excipiat, Regulam compenſationis etiam in corporibus habere locum; quia non modo in actionibus in perſonam pecuniariis, ſed in quibuslibet aliis, reſtitutoriis, imo & in actionibus in Rem admittitur, ut *hic* ipſe docet Imperator; ubi tamen de corporibus agi certum eſt: Reſpondetur, in Actionibus in Rem cæteriſque reſtitutoriis, non aliter

Digitized by Google

uſu venire Compenſationem, quam poſitis terminis habilibus; quatenus res, de quibus agitur, compenſationem admittant, ſive ab initio, ut, ſi vindicetur oleum, vinum, frumentum, pecunia numerata, vel ex poſt facto, ſi quis in æſtimationem rei deperditæ vel deterioris factæ condemnatus, ad certum pecuniæ debitum ſit redactus: quo caſu, ac inde ab eo tempore, nihil vetat, admitti Compenſationem. Verum hoc ſenſu, ne quidem in Depoſito neganda videtur Compenſatio; Si quis in certam pecuniæ ſummam condemnatus actione depoſiti, per oppoſitionem mutui debiti, ſolutionem occupare velit. Nihil enim aliud in hoc §. *& l. ult. C. de Compenſ.* cavetur & prohibetur, quam ne quis ſub prætextu Compenſationis, depoſitarum rerum neget reſtitutionem: Idque ne quidem propter impenſas in rem factas, aut ullum aliud debitum, etiam maxime liquidum, permittendum videtur. Sed ita res in eo deſinit, in quo plane eſt acquieſcendum, non tamen negari Compenſationem in hoc loco *Inſtitut. & d. l. ult. C. h. t.* quam Retentionem rerum depoſitarum; quam Juſtinianus paulo rotundius & latius, quam alioqui par eſt & fieri ſolet, à Compenſatione non diſtinxerit, ut jam à nobis obſervatum eſt in *Prælect h. t. n.* 16.

2. Sed quid hoc eſt, quod Juſtinianus in *hoc* §. adfirmat, ſua Conſtitutione factum eſſe, ut compenſationes in omni genere Actionum ipſo jure fierent; cum id aliquot ſeculis ante Juſtinianum obtinuiſſe, liquido probetur ex Paulo in *l.* 4. *& l.* 21. *h. t.* & Alexandro Imperatore *in l.* 4. *C. h. t.* Hoc in deſcribendo §. 30. quem præ manibus habemus, omiſiſſe Tribonianum, adſerit D. Wiſſenbach *ad. h. t. n. 6.* nec quicquam addidiſſe novi, per Conſtitutionem ſuam, quando & Depoſiti exceptio ſit juris antiqui, teſte Paulo 2. *ſent. Tit. Depoſiti*, qua de re Cujacius *lib.* 8. *Obſ. c.* 16. Quorſum igitur hæc aperta prædicatio, qua ſibi mutationis auctoritatem tribuit Juſtinianus? Quid fuit hoc aliud quàm riſum hominibus ſui tempors, haud omnino Juris imperitis debere, jactantiæ cauſa ineptiſſimæ? Sed Cujacius idem in *lib.* 15. *Obſ. cap.* 12. ſcribit, hoc peperiſſe novi Juſtinianum, ut Compenſationes, quæ olim in Actionibus in perſonam pecuniariis ſolummodo erant receptæ, ut *ex l.* 4. *& aliunde*, refutatis ἐναντιοφανομένοις adſtruit, etiam in Actionibus in Rem obtinerent. Qua re factum ſit, ut omnes deductiones, quæ olim taxatione judicis indigebant, poſt *d. l. ult.* à Juſtiniano publicatam, pro compenſationibus habeantur, & ipſo jure fiant: quod tamen quo pacto intelligendum ſit, non explicat Cujacius, & eſt difficile explicatu. Nam ſi compenſationes rectè negantur habere locum in corporibus, ideo, quod illa non recipiant æſtimationem mutuam, ſine facto hominis & calculo comparationis, eadem ratio non patitur, ut deductiones, quæ fiunt in actionibus in rem, perinde ipſo jure fiant ac in perſonalibus. Sane, poſtquam ad rationem pecuniariam illæ deductiones redactæ ſunt, ab hoc tempore eas recipere compenſationem nemo dubitat; ſed hoc non eſt *Ipſo jure* compenſationem fieri; cum facto hominum præcedente, id eſt, comparatione debitorum ac æſtimatione fiant. *Ipſo jure* dicuntur operari, quando à prima reciproci debiti origine prius quam in judicio moveatur, creditoris obligatio tollitur aut minuitur *l.* 4. *h. t.* Ergo ſi deductiones in actionibus

in Rem ipſo jure fiant, & compenſationes inducant, non à tempore judicialis æſtimationis, ſed à primâ debiti origine locum & effectum habere debent. Eaque mens eſt verborum Juſtiniani *in d. l. ult. in pr. Compenſationes ex omnibus actionibus ipſo jure fieri ſancimus, nullâ differentiâ in rem, vel perſonalibus actionibus inter ſe obſervandâ*, dubitare licet. Quid igitur, an dicemus admittendam eſſe eorum ſententiam, qui deductiones in actionibus in rem & reſtitutoriis factas, volunt retrotrahi, & debitum minuere inde ab eo tempore, quo cauſa deductionis verè nata fuit. Nos aliter diſputavimus in *Prælect. ad h. T. n.* 4. Verum enimverò ſi quis eam fuiſſe mentem Juſtiniani contendat in *hac l. ult.* quod vim illam compenſationis retrogradam admitti voluerit, in deductionibus, quæ *judici facilem exitum ſui præſtent, nec multis ambagibus innodatæ ſunt: Ne is, cui certò & indubitatò aliquid debetur moratorio circuitu à ſpe condemnationis excludatur*, non habeo quod valde contradicam Sic enim docet Imperator, *tunc utendum eſſe jure ſtricto, ut deductiones, quas invenerint* judices *majorem & ampliorem expoſcere imaginem, eas quidem alii judicio reſervent*, litem vero motam *terminali ſententiâ*, ut loquitur, componant. Hæc forte minus abhorreant à ſcopo Cæſaris, quam à nobis expoſitum eſt, in *Prælect. ad h. T. d. n.* 4. cum quibus hæc conferri & jungi velim. Denique ſic argumento *d. l. ult.* & ex interpretatione Cujacii diſtinguendum videtur. Deductiones & æſtimationes rerum in actionibus in Rem prompte ad rationem liquidam & pecuniariam reduci poſſunt. Aut obſcuriores & intricatiores ſunt. Quæ ſunt prioris generis hæ, cum liquidæ ſunt factæ, vim habent retrogradam, ut ab eo tempore, ex quo conſtat illas vere fuiſſe debitas, ipſo jure debitum minuiſſe dicantur. In cæteris idem effectus *ipſo jure* compenſandi ceſſet.

Papinianus Lib. 13. Reſponſ.

Ob negotium copiarum, expeditionis tempore mandatum, Curatorem condemnatum, pecuniam jure compenſationis retinere non placuit: quoniam ei non compenſatur l. 20. *d. Compenſat.*

1. Cenſura. Cum nihil ſit æquius Compenſatione, rem facit iniquam Reſpublica, ſubducens ſe debitoribus ſuis, ad hoc commune præſidium ſe recipientibus. Curator annonæ militaris, (hæc enim per *copias*, non cohortes militum, intelligitur, apud Ciceronem alioſque veterum paſſim) ex hac cauſâ reliquator extitit, & debitor Reipubl. conventus opponit, Rempubl. ſibi viciſſim debere, quod ſuo cum debito compenſandum ſit. Quid æquius, inquam; & tamen condemnatur in ſolidum; Suum vero debitum novâ petat actione, ſi velit, & cum fiſco litiget; quo nihil durius, cum Principe litigare, Ἀφρων ὅστ᾽ ἐθέλοι. *Stultus id auſurus &c* Præterea, quid hoc ineptæ repetitionis; *Pecuniam jure compenſationis non retinet, quia non compenſatur*? Referatur ad locum communem rationum *inertium ac otioſarum, quæ idem bis inculcant, & principium petunt*, quem collegit A. Matthæus *Diſp. fundam.* 10.

2. Parum prægnans eſt hic Titulus Cenſurarum numero vel qualitate. Quod

ad hanc attinet; Compenſatio ſane tantæ eſt æquitatis, ut nec Reſpublica Creditrix eam recuſare poſſit, *l.* 19. *t. h.* Niſi quod Annonæ militaris cauſa tam favorabilis eſt, imo ad ſummam Rempubl: pertinet, ut ſolutiones ex eâ cauſâ compenſationibus retardari, non expediat; quod non majorem defenſionis habet difficultatem, quam reliqua Fiſci privilegia privatorum derogantia commodis. Quod ad petitionem principii attinet, eadem ſit reſponſio, quam dedimus ad *l.* 2. §. 1. *d. off. procos.* & *l ult. in pr. d. off. Procur Cæſ.* Refert ſe ad jus poſitivum & conſtitutionem eâ de re ſpecialiter introductam, quaſi dicat, non compenſantur, quia conſtitutum eſt non compenſari; quæ eſt ratio recta & peremptoria.

Ulpianus Lib. xxx. ad Edictum.

Hæc autem ſeparatio cauſarum, (depoſiti miſerabilis & ſimplicis) *juſtam rationem habet. Quippe, cum quis fidem elegit, nec depoſitum redditur, contentus eſſe debet ſimplo: cum verò, extante neceſſitate, deponat, creſcit perfidiæ crimen; & publica utilitas coërcenda eſt, vindicandæ reipublicæ cauſa: eſt enim inutile, in cauſis hujusmodi fidem frangere* L. 1. § 4. *Depoſiti.*

1. Depoſitum miſerabile eſſe, quod deponitur incendii, tumultus, ruinæ, naufragii cauſâ, notum eſt. Perfidiam in hoc genere commiſſam gravius animadvertendam eſſe, quam in ſimplici depoſito publicæ diſciplinæ ratio poſtulat. Ac ita fit ut duplo mulctetur, cum alias ex depoſito nonniſi in ſimplum actio detur. *h. l.* 1. §. 1. Verum quid hoc eſt dicere, *Publica utilitas coërcenda eſt*, dum creſcit perfidiæ crimen, Ipſum crimen, inquam, exercendum potius quis non videt? Ideò vulgata vetus legit, *Publicâ utilitate coercendum eſt.* Haloandrina, *utilitas coercendo vindicandâ eſt.* Cujacius *Inutilitas coërcenda.* ad *l.* 2. *C. de fid. & jur. haſt.* quo etiam inclinat Duarenus, 1. *Diſp.* x1. & Faber *ad h.* §. Gotofredus, Legendum videtur, inquit, *Coercenda & vindicanda* Reipublicæ cauſa: ſupponens hanc locutionem, *utilitas coercenda*, poſſe ferri. Sed tum nihil vetet, retinere Florentinam, ut conciſa locutio ſit, *coercenda*, pro coercendo vindicanda; nec opus ſit addi, *vindicanda*, ſubintelligi ſufficit. Nec alienum id ab acumine Veterum, Laconiſmo utentium & aculeis gaudentium orationis. Ex emendationibus ſi qua utendum, Haloandrina magis placeat.

2. Sed ab iſto acumine prorſus abhorrere videtur ultima hujus verſiculi clauſula. Poſtquam ſat gravibus verbis dixit Ulpianus; Creſcit perfidiæ crimen & publica utilitas *coercenda* eſt vindicandæ Reipublicæ cauſa, ſubjicitur; *Eſt enim inutile in hujusmodi cauſis fidem frangere.* Quid frigidius? Referatur ad locum communem D. Antonii Matthæi, *JurisConſulti ſæpe otioſas & inertes rationes reddunt*, *diſp. fund.* 10. Nec ſi legas, *Incivile*, ut eſt apud Haloandrum, profeceris multum. Proprius ad rem facit, quod Duarenus in *lib.* 1. *diſp. c.* x1. multis probat. *Inutile* non tantum ſignificare, quod *non eſt utile*, ſed quod noxium & grave eſt. Sic Paulus *in l.* 13. *d. Adminiſtr. Tut. Inutile eſt pupillis, ſi adminiſtratio eorum non ſervetur.* Plinius, *Vinum jejunos bibere*, *inutiliſſimum eſt l.* 23. *c.* 10. Cel-

Digitized by Google

c. 10. Celſus, *Inutilis eſt, poſt cibum, aut contentio, aut cogitatio animi l.* 10 *c.* 5. Si quis ita necdum ſatis emphaſios in hac clauſulâ reperiat, ita cogitet: Inutile non ſimpliciter noxium, ſed penitus, excellenter, enixe repugnans utilitati ſignificare, ut *Illaudati Buſyridis aræ*, & Styx *Inamabilis* apud Virgilium, explicante Gellio 2. *noct.* 6. Talem emphaſin Ulpianus hic etiam τῷ *Inutili* impreſſit ac ineſſe voluit, reſpectu perfidiæ in depoſito miſerabili commiſſa. Addo Apoſtolum *ad Hebr. c. ult. v.* 17. Πείθεσθε τοῖς ἡγουμένοις ὑμῶν καὶ ὑπείκετε: αὐτοὶ γὰρ ἀγρυπνοῦσιν ὑπὲρ τῶν ψυχῶν ὑμῶν, ὡς λόγον ἀποδώσοντες, ἵνα μετὰ χαρᾶς τοῦτο ποιῶσι, καὶ μὴ στενάζοντες, Ἀλυσιτελὲς γὰρ ὑμῖν τοῦτο. *Parete ductoribus veſtris & morem illis gerite; vigilant enim pro animabus veſtris, ut rationem reddituri, quo id cum gaudio faciant & non ingemiſcentes. Id enim INUTILE vobis.* Id eſt, noxium & pernitioſum.

Ulpianus Lib. xxx. ad Edict.

Eſt autem, & apud Julianum libro tertiodecimo digeſtorum ſcriptum, eum, qui rem depoſuit, ſtatim poſſe depoſiti actione agere. Hoc enim ipſo, dolo facere eum, qui ſuſcepit, quòd repoſcenti rem non reddat. Marcellus autem ait, non ſemper videri poſſe dolo facere eum, qui repoſcenti non reddat. Quid enim, ſi in provincia res ſit: vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non ſit facultas? vel condicio depoſitionis non extitit. l.* 1. *§.* 22. *Depoſiti.

1. Depoſitum ſemper repeti poteſt, quod & quidni ſtatim à recenti poſitione? Cur enim negat eam reddere Depoſitarius, cujus nulla vertitur utilitas? nec improbitatis notam effugit, adeoque dolum, negando promptam depoſiti redditionem, committit, ut rectè Julianus putavit. Sed Marcelli exceptiones ab Ulpiano relatæ hoc loco, ineptæ & calumnioſæ ſunt, ait Anton. Faber. Cum enim nihil ſit apertius, quam Julianum depoſitarii dolum non arguere, niſi cum reſtituendi facultatem habet, inſulſum eſt, opponere caſus, quibus in promptu minime fuit, reddere depoſitum, ut ſunt exceptiones Marcelli; quem notas ad Julianum ſcripſiſſe, potius reprehendendi & inſectandi, quam interpretandi ſtudio, Faber animadvertit, eumque hos caſus objectaſſe, *quaſi magnum quid, & quaſi Julianus aut ignoraverit aut non viderit*, dari poſſe caſus, quibus ſcilicet depoſitarii dolus argui non poſſit, cum res ipſa non habet facultatem. *Calumnioſa*, inquit, *Adnotatio*, Faber. Plane jejunum oportet fuiſſe Marcelli judicium, qui talia reprehendendi cauſâ, quibus ſe ipſum magis ludibrio exponat, protulit. Sed unde Faber habet, quod Marcellus his objiciendis, ſe magnum quid ac inopinatum movere putaverit? Nihil ejuſmodi eſt in verbis. Ne quidem ullum reprehenſionis aculeum video: Sed brevem Juliani poſitionem & conciſam exemplis illuſtravit claris, & diverſum ſpectantibus, ad uſum regulæ melius exhibendum & ſupplendam Juliani orationem compendiariam.

cum *in l. 1. d. Judiciis*; ubi Faber ipſe fatetur, Judicis nomen eſſe generale. Idem Ulpianus generalem & ſpecialem Judicis appellationem uno loco permutat *in l.* 81. *eod.* Sic alibi in ipſis Pandectis. Vide ſis Wiſſembachinm ad *Tit. π. de Judic. n.* 10. Nihil igitur in hac promiſcuâ appellatione incommodi. Sed nec opus eſt, ut Prætorem & Judicem confundi dicamus: Quæſtio enim hic propoſita cum non minus apud Judicem pedaneum, id eſt, lite conteſtata, quam apud Prætorem moveri poſſit & ſoleat, quid utriuſque mentionem fieri vetat? cum utique non certa facti ſpecies, ſed quæſtio in Theſi proponatur & decidatur, quæ tam caſibus ante, quam poſt litem conteſtatam applicari poteſt: *Lomentum* igitur *Cenſuræ.*

Pomponius Lib. XXII. ad Sabinum.

Depoſitum eo loco reſtitui debet, in quo ſine dolo malo ejus eſt, apud quem depoſitum eſt. Ubi vero depoſitum eſt, nihil intereſt. Eadem dicenda ſunt communiter & in omnibus bonæ fidei judiciis. Sed dicendum eſt, ſi velit actor ſuis impenſis, ſuoque periculo perferri rem Romam, ut audiendus ſit: quoniam & in ad exhibendum actione id ſervatur. L. 12. §. 1. *Depoſiti.*

1. De poſteriore parte hujus L. Antonius Faber; *Hic verſiculus*, inquit, *mihi valde ſuſpectus eſt, & parum abeſt, quin putem, eſſe Triboniani. Nec enim videtur habere rationem ullam, ut Depoſitarius, qui Epheſi depoſitum accepit cogatur rem depoſitam perferre Romam. etiamſi maxime is, qui depoſuit, perferri eam ſuo periculo & ſuis ſumptibus velit. Nec enim is qui depoſitum recipit, ad aliud ſe obligat, quàm ut rem depoſitam cuſtodiat & reddat, non etiam, ut alio perferat.* De ſtylo non habet aliud argumentum, quam quod Pomponius non fuiſſet ſcripturus, *in ad exhibendum actione*; ſed ita potius; *in actione ad Exhibendum*, cum Prior ſit Græciſmus: Quaſi veteribus Juris auctoribus incogniti eſſent Græciſmi, quibus nihil uſitatius illis eſſe conſtat, & pluribus exemplis illuſtrat Antonius Auguſtinus *lib.* 2. *Emend. cap.* 1. Ad rem quod attinet, non minus eſt frigida Cenſuræ cauſa; quaſi depoſitarius in hoc textu ad novum & oneroſum factum obligaretur; cum nihil ab illo exigatur, quam ut ſine ullo ſumptu vel onere ſuo rem depoſitam mittat, quo deponens rogat; Qua re nihil innocentius, & Quod, ſi depoſitarius gravetur, hominis importuni & depoſitum retinere cupientis ſpeciem præ ſe ferat oportet. Vix refutari meretur, quod negat Faber, rationem eſſe bonam, quæ ab actione ad Exhibendum ducitur; eo quod major ſit depoſitarii, quam poſſeſſoris, cui nullo jure petitor obligatus eſt favor; Semper id obſervandum eſſe, ut quam minimo Depoſitarius incommodo adficiatur; ait Faber. Quaſi quicquam incommodi eſſet in eo. quod rem depoſitam roganti domino ſumptu & periculo petentis tranſmittendam concedit. Adfectatio Cenſuræ inanis & ipſo indigna Fabri ingenio;

Ga-

Digitized by Google

Gajus Lib. IX. ad Edict. Provic.

Si plures heredes exiſtiterint ei, qui depoſuerit: dicitur, ſi major pars adſuerit, reſtituendam rem præſentibus: majorem autem partem non ex numero utique perſonarum, ſed ex magnitudine portionum hereditariarum intelligendam, cautela idonea reddenda. l. 14. in pr. Depoſit.

Textus hic totus Triboniani eſſe videtur, ait Faber. Mihi quod ſæpe dixi, non facile poteſt perſuaderi, Tribonianum integros textus ſub aliis nominibus eſſe commentum niſi id evidentius liqueat, verba quædam aliquando videri adſperſiſſe, non negem: Qualia ſint heic ultima, *Cautelâ idoneâ reddendâ*, quæ non videri genuina Caji, putat etiam Briſſonius in *Cautelâ*. Confer *l.* 21. *d. Judic. l.* 6. *d. Pign. act.* Tametſi, quod propius ad Eunomiam pertinet, hæc verba ſenſu recto non videntur eſſe ſupervacua, ut *infra* videbimus. Cætera Fabri, *dicitur* pro *dicendum* eſt, *Adierit* ſimpliciter, pro *Adierit* Prætorem, vel depoſitarium: Magnitudine, pro *quantitate*, nullius ponderis ſunt, nec à Veterum abhorrentia ſtylo. Rerum argumenta magis ad Eunomiam pertinent. Torquet autem dilemma Faber; Res depoſita vel individua eſt, vel diviſibilis. Si individua, reddi poteſt uni ex heredibus, ſine ullâ cautione, quod ſe probaſſe dicit ad *l.* 1. §. 36 *h. t.* quam modo vidimus; Ergo nec cautelæ tum, neque numero, neque quantitatis reputationi locus eſt, in hac ſpecie. Quod ſi dividua res ſit, ſinguli heredes pro partibus hereditariis agere debent, neque plus, etſi cautionem *offerant*, petere poſſunt, per *l.* 25. §. *Cum ea ſtipulatio. Famil. erciſc.* Igitur neutro caſu fieri debere, quod hic locus dictat, concludit Faber, & eſſe locum inutilem, falſum. Quod puto cum ratione negari, utrovis caſu dilemmatis. Nam in re individuâ uni heredum reddendâ, dictare prudentiam juris, ut cautio reſpectu reliquorum exigatur, demonſtravimus ad *d. l.* 1. §. 36. Rurſus ſi rem dividuam pars major heredum repetierit, non videtur juſtam habere cauſam negandi reſtitutionem depoſitarius, maximè, ſi cautio præſtetur; multo minus, ſi res individua ſit, inquam: Etſi tum forte ſufficit unus heredum, qui cavere paratus ſit. Nec aliud ex iis, quæ ad *d. l.* 1. §. 36. dicta ſunt, juris eſſe colligitur, ut paulo ſuperius demonſtratum eſt. Majoris autem partis heredum inſtantia, licet ad rei individuæ reſtitutionem neceſſaria non ſit, ut ex *l.* 81 §. 1. *d. Solutione* conſtat; ſi tamen, ut hic ponitur, accidat, in cauſa eſt, ut reſtitutio depoſiti indiſtinctè ſub cautione peti poſſit; quemadmodum hic locus indiſtinctè docet. Quod ſi Cautio neceſſaria ſit, an verbum *Cautelæ* ſatis argumenti præbeat, ut hic verſus ſit eliminandus & reliqua tot loca pro corruptis habenda ſint, velim lector conſideret. Si enim res *cautionem* exigat, oportet eam Gaius adjecerit; neque plus inexpectati aut anomaliæ eſt in voce *cautelæ*, à *caveo* & *cautus*, quam *Tutelæ* à *Tuendo* & *Tutus*, aut *Medelæ*, à *medendo* aliiſque ſimilibus. In *l.* 21. *d. Judiciis* alia ratio eſt, ut ibi vidimus.

Digitized by Google

3. Ad hæc ut reſpondeatur, ſciendum, uxores olim nupſiſſe, vel per conventionem in manum mariti, vel per uſurpationem. Priore modo Vir omnium uxoris rerum dominus fiebat. Hæc acquiſitio & conventio in manum bifariàm fiebat, per coëmptionem, aut per uſucapionem. Coëmptio fiebat per æs & libram, quemadmodum Arrogator emebat liberos, ut Auguſtus emit Caium & Lucium à Pare Agrippa, *apud Suetonium*, ut teſtis eſt de nuptiali emptione Servius ad Virgilii verſum 1. *Georg.*

Teque ſibi generum Thetys emat omnibus undis:

ſicut habemus in Jure, addit Servius. Addebatur huic emptionis ritui, maximè in flaminibus, panis farreus; unde & *Confarreatio* dicta hæc in manum conventio. Altera ſpecies erat, per uſucapionem annalem, quia, ſicut aliarum rerum mobilium, ſic etiam uxoris cum rebus ſuis dominium acquirebatur, ex Lege. XII. Tabularum, anno. Quod ſi mulier ita nollet uſucapi, nec eſſe in manu Viri cum bonis ſuis, uſurpare ſe ipſam poterat, hoc eſt, interrumpere uſucapionem annalem, ſeceſſu tridui ante finem anni, quo à Viro ſecubabat, ac alibi pernoctabat, ex eâdem Lege XII. tabularum, teſte *Gellio lib. 3. noct. Act. cap.* 2. quemadmodum ſeorſim ab aliis Antiquariorum & à Briſſonio probavimus in *part. 2. Digreſſ. c. 17. n.* 4. 5. 6. Hoc Matrimonium per Uſurpationem placuit poſteritati, & deſueto coemtionis & uſucapionis omnique jure Conventionis in manum Viri, matronæ omnes abſque uſurpationis neceſſitate, ſui juris, & perſonæ & bonorum reſpectu, habitæ ſunt, quemadmodum alio ſenſu, aliâve toto Jure Juſtinianæo facultate cognitæ non ſunt; Nec erraverit forte, qui formulam *Ubi tu Cajus, ego Caja*, putet uſurpatam fuiſſe à novis matronis, quibus non erat animus, in manum convenire, ſed uſurpare ſe ipſas.

4. Quemadmodum igitur uſurpatione mulieres ſe ſuaſque res omni juri maritali eximebant, ita deinceps in univerſum omnes ſui juris, rerumque ſuarum Dominæ & Arbitræ, cum ſtatus uſurpationis ordinarius eſſet, fieri & eſſe debuerunt, exceptis dotibus, quæ Virorum propriæ, ſub onere reſtituendi, factæ ſunt, & ſi quid de reliquis femina, Virorum curæ tradendum putarent *d. l.* 8. Sicut autem hæc res, potentiæ mulierum contra viros incrementum addebat, ita non deeſt, quod in illo inſtituto, pro Viris, contra mulieres, obſervare licet. Nan ſi verum eſt, ſicut eſt, quod dicitur, Eum qui ſocium habet, herum habere; quia ſine alterius conſenſu nihil in re communi facere poteſt; ſi rurſus eſt verum, ut res & jura docent, Communionem eſſe matrem diſcordiæ, & æqualitatem facere pugnam, ἡ ἰσοτιμία μάχην ποιεῖ, ut Chryſoſtomus; non poteſt negari, quin ſublata communio bonorum inter Conjuges, domeſticum Viri imperium ſtabiliverit, uxore nihil in re familiari juris habente, quam ut officia & obſequium Viro præſtaret, à quo alebatur & exhibebatur; niſi id oneris ipſa vel pater ejus, ut in hac L. factum, in ſe reciperent. Quemadmodum & illud fuit ingens & ſalutare commodum in hoc inſtituto; quod Viri poteſtatem non habent, uxorum patrimonia effundendi, ut toties hodie fit, ubi ſocietas bonorum, quicquid habent matronæ, maritorum arbitrio permittit, ſummo tam privatæ quam publicæ utilitatis damno: in cujus parte notabili ſemper habita ſunt mulierum bona nuptarum *l. 1. d. Solut. matrim.* Con-

cludi

Digitized by Google

cludimus igitur hanc diſputationem verbis Imperatorum Theodoſii & Valentiniani. *Quamvis*, ajunt, *bonum erat, mulierem, quæ ſe ipſam marito committit, res etiam ejuſdem pati arbitrio gubernari: Attamen quoniam Conditores Legum Æquitatis convenit eſſe fautores, nullo modo, prohibente muliere, Virum in paraphernis ſe volumus immiſcere l. 8. C. de Pact. conv. ſup. dot.* Sunt rationes non ſpernendæ pro utroque inſtituto, tam Separationis quam Societatis bonorum Conjugalis univerſæ: Quarum comparatio facit, ut mediam præferamus ſententiam & conſuetudinem, quæ ſalvâ utrique conjugi Patrimoniorum ſubſtantiâ, reditus, lucra, damna ipſo jure communia facit, quod jus cum in Patria noſtrâ tum in aliis noſtri ſeculi populis obſervatur. Præ quo mos erciſcundi Romanus nimis rigidus, & Communio univerſa nimis effuſa videtur. Illam omnium fere gentium hodierni mores improbant; hanc etiam quicquid eſt hominum prudentiorum in populis, qui infinitam inter Conjuges bonorum communionem receperunt, hoc ipſo vituperat; quod pactis dotalibus non ceſſant mediam inſiſtere viam, & ſancire communionem, ſalva ſorte, redituum, lucrorum & detrimentorum. Jus Romanum à Cenſurâ tutum eſt: Nam rationes pro Communione ſunt probabiles duntaxat & ſuaſoriæ; Quæ cuique ſuum adferunt patrimonium, ſunt juris perfecti & Juſtitiæ expletricis, quæ ſuum cuique Tribuendum eſſe maximâ ſanctiſſimâque voce præcipit & inculcat.

Ulpianus Lib. xxix. ad Edict.

Merito ex juſſu Domini, in ſolidum, adverſus eum judicium datur. Nam quodammodo cum eo contrahitur, qui jubet l. 1. pr. Quod Juſſu.

1. Actio Quod Juſſu eſt ex iis, quæ dantur adverſus Dominum vel Patrem, è contractu ſervi vel filiifamilias, illorum juſſu, inito *h. l. 1. l ult. in pr. h. t.* Proinde ſi quis ſui juris homo Tecum juſſu alterius contraxerit, tu contra jubentem non habes actionem; Eſt enim regula, quod alius per alium non obligatur, niſi per eos qui ſunt in poteſtate ſuâ §. 4. *Inſt. de Inutil. ſtipul.* adeo, ut ne quidem inter Mandatorem & eum qui cum mandante contraxit, invicem actio naſcatur, niſi mediante ceſſione *l. 49. § ult. d. Acquir. Poſſ.* Quæ res perverſe comparata, & iniqua vel hac ratione videtur, quæ eſt in hoc textu, quod cum eo *qui jubet, ipſo, quodammodo contrahatur.* Unde Pragmatici Æquitatis laudatores non dubitant, quin hodie inter Jubentem & eum qui cum Juſſionario contraxit, utilis actio Quod Juſſu, vel ex eo qui celebratus eſt, Contractu detur, ut Beemannus ex Oldendorpio & Hahnio tradit *in obſerv. Pract. ad h. Tit.* Quod dubium habere non videtur, ſi Juſſionarius in ea qualitate, vi Juſſionis cum aliquo contraxerit: id quod bifariam fit; primo ſic, ut habetur *in l. ult. pr. h. t.* Si quis Mutuum accepturus juſſerit alii, nomine jubentis accepturo, pecuniam numerari. Tunc enim interpoſitus ille, magis ut miniſter & inſtrumentum, quam perſona contrahens, adſpicitur. Ideoque nec ipſius actionis quod juſſu termini tunc adeſſe judicantur, ſed ipſe jubens unicus eſt contrahens. Alter modus, quo jubens tenetur, eſt; Quando juſſionarius ipſe contraxit

traxit, attamen juſſum præferens & nomine jubentis; Quo caſu utilis actio contra jubentem datur *L. Julianus* 13. §. *ſi procurator*. 25. *d. Action. Empt.* Ubi de mandato quidem agitur; ſed, etſi aliquod ejus à juſſu diſcrimen ſit, quod hoc vocabulum majorem in jubente poteſtatem ſupponat, hac in parte tamen eadem utriuſque ratio eſt. *l.* 1. §. 3. *b.* cum & Ratihabitio tandundem valeat ac juſſus ad hunc effectum *l.* 1. §. 6. Verum enimvero, ſi is qui Juſſum habet ab alio, ſimpliciter contraxerit, non ut juſſus; etſi Tertius contrahens juſſum probare poſſit, tamen adverſus jubentem non videtur habere actionem; niſi inde, ſine alio actu juris acquiſiti, locupletior ſit factus; quia verum eſt, è contractu non naſci obligationem, niſi inter contrahentes, nec alium ex alterius contractu, inquam, agere vel conveniri poſſe, niſi Caſibus exceptis, Exercitoriæ, Inſtitoriæ, Quod juſſu, de in Rem verſo, quos habuimus. Nec id moribus hodiernis aliter obtinere putem. Quid enim? Juſſi Titio vel mandavi, ut aliquid emeret, vel mutuam ſumeret pecuniam. Titius emit vel mutuum ſumpſit, à Te, non meo nomine, ſed ut pro ſe. Si pecunia ad me pervenerit, bene eſt, Ego re ſum obligatus, quia directè ſum locupletior ex tuo. Sed pone, pecuniam vel rem ad me non perveniſſe, Tu me convenis. Ego, nihil tecum egi, inquam; *Tu*, ſed juſſiſti, & ex Juſſu teneris. *Ego*, Imo juſſus eſt actus inter me & Titium. Contractus è quo tu agis eſt inter Titium & te. De Juſſu igitur eſt Actio inter me & Titium. De Contractu inter Te & Titium. Hæc miſceri non debent, neque poſſunt, hodie non magis quam olim.

EUNO.

Digitized by Google

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM XVI.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Paulus Lib. xxx. Edictum.

V*Ellejano Senatusconſulto pleniſſimè comprehenſum eſt, ne pro ullo feminæ intercederent. Nam ſicut moribus civilia officia adempta ſunt feminis, & pleraque ipſo jure non valent: ita multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non ſola opera, nudumque miniſterium earum verſaretur, ſed etiam periculum rei familiaris l. 1. pr. & §. 1. Ad Senatuſc. Vellei.*

1. Mulier, tam quæ pro alio ſe obligavit fidejubens, quam obligationem alienam in ſe recipiens, aut mutuam pecuniam in alienos uſus accipiens, non obligatur, nec actio petitioque adverſus eam datur, etſi naturaliter non minus obligatur, quam filiusfam. ex Scto Macedoniano *l. 1. ad SC. Macedon.* Quid autem? an jus Civile tollere poteſt obligationem naturalem, mulieremque ſolvere lege ſanctiſſimâ generis humani, ſancita divinitus, *Serva fidem, quam dediſti*? idque rationibus tam frivolis, quam ſunt, quæ in hac *lege* 1. proferuntur, Quid enim hoc? Mulier intercedere pro aliis non poteſt, quia moribus ab Officiis civilibus removetur. Eſtne Fidejuſſio officium civile, quod idem cum publico habetur. *l. 2. pr. d. R. I*? Contractus inter privatos, & privatis è cauſis initus ineptè Civilibus officiis accenſeri videtur. Minus ad rem pertinet altera, de periculo rei familiaris; quaſi iniquum eſſet, feminas ſuo facto ſuâque voluntate ſubire periculum aliquod rei patrimonialis. Quibus aliisque

 ratio-

Proverb. c. 6. 1. 2. ut multis improbaſſe viſus ſit fidejusſiones; hoc in mulieribus ſaltem prohiberi, quarum animus maximè in lubrico eſt, ut Seneca, non poteſt à ratione alienum, vel è Republ. non videri; quando ut donandi tenaces in præſenti, ita ſubveniendi aliis, ubi nihil erogandum, faciles, crebris olim experimentis repertæ ſunt. Major igitur & juſtior prohibendi mulierum interceſſiones cauſa fuiſſe videtur Auguſto, quam Henrico IV. tollendi in Galliâ Senatus Conſulti Vellejani, ut eum feciſſe teſtatur Autumnus, Edicto anni M D C VII. & Mornacius *ad h. t. & ad l. ult. D. de Jur. & fact. ignor.* Bene igitur Legiſlator Romanus.

2. Altera Cenſuræ conſideratio eſt in uſu hujus Senatus Conſulti; quem ſi mulieribus, ſalva animi ſui Conſcientiâ, niſi caſibus à D. vander Muelen expoſitis, adhibere non liceat, metuendum eſt, ne magna pars Juris, medicina quidem patrimoniis, ſed toxicum ſit animabus. Exiſtimo, ſi mulier importunis amicorum precibus, facilitate ſexus, miſeratione hominum in anguſtiis rerum ſuarum deprehenſorum, reverentia mariti aut aliorum adducta, firmum & purum adhibuerit conſenſum interceſſionis, poſſe illam uti pænitentiæ facultate, quam Lex ei impertitur; modo abſit omnis ipſius dolus & fallendi propoſitum: addam, intentio valida & enixa ſuccurrendi amicis, etiam cum periculo ſuo, fere quemadmodum in *Prælect. ad h. t. in fine* conſtituimus. Et ignoſci velim, quod in locum de obligatione naturali, hic non excurro prolixius, quem noviſſime pleniore manu executi ſumus in lib. 3. de Jure Civit. *ſect.* 1. *c.* 3. ubi *de Obligatione Conſcientiæ ex Legibus.*

Ulpianus Lib. xxix. ad Edictum.

Si mulier poſt interceſſionem ſic ſolverit, ne repetere poſſit: juſtè prior debitor actionem recuſat. Sed cum relevatur reus, ſi mulier ſic ſolvit, ut repetere non poſſit: & cùm ei mulieri, quæ repetere non poterat, ſi ſolviſſet; accepto tulit creditor, ſimiliter relevatur reus. l. 8. §. 10. *Ad Sc. Vellej.*

1. Adverſus hunc locum ut à Triboniano in gratiam ſexus muliebris, qui regnabat in Aulâ Juſtiniani, corruptum & rationi contrarium prolixe & argutè diſputat Antonius Faber in *lib.* 8. *conject. c.* 2. Cujus refutationem moleſtam & intricatam, ſi poterimus, expoſitione idoneâ occupare conabimur. Mulier apud Primum pro Secundo intervenit & mox pro Primo apud Tertium creditorem ejus; Ulpianus hac de re ſimpliciter ait, eſſe duas interceſſiones, utramque effectu carentem propter Senatus-Conſultum Vellejanum. Sed Marcellus ita diſtinguit. Aut mulier apud Tertium ſimpliciter interceſſit, aut *quaſi debitrix*, ob priorem interceſſionem. Hanc diſtinctionem *applicat*: Si quaſi debitrix delegata ſit, una eſt interceſſio nempe prior, hæc poſterior tum pro interceſſione prohibitâ non habetur, quia tum mulier in rem ſuam intercedere videtur (non expreſſo videlicet, quod *ex interceſſione* priore debitrix eſſet) Si interceſſit ſimpliciter, duæ ſunt interceſſiones. Hoc poſterius membrum diſtinctioni non applicat, ſed intelligendum præbet Juris-conſultus. Ideo mox cum

caſum, quo mulier quaſi debitrix intervenit, vocat *primam* viſionem, ut eſt verè in noſtrâ expoſitione, cum ſecundum verba Legis, ille caſus ſit ſecundus, unde criſis Gloſſæ & Fabri. Sed quia Ulpianus ſecundum caſum calamo preſſum, in conſpectu animi habuit, ex naturâ negotii potius, quam ordine verborum, caſum expreſſum vocavit *primum*, quia ſequi debebat alter. Proinde, ſi quaſi debitrix apud Tertium interceſſit, non daret Marcellus exceptionem mulieri, quia nec Vellejus ſuccurrit mulieribus in rem ſuam intervenientibus, quod hæc mulier præ ſe tulit *l.* 3. *l.* 8. §. 13. *h.* Attamen quia verè interceſſit idque primus, cui profuit interceſſio, bene ſcivit, adverſus illum habet regreſſum, ut eſt in *fine* §. repetendo quod ſolvit ex ſecundâ interceſſione, ſi damnata ſit, ut debuit; vel ante condemnationem, condicendo liberationem, id eſt, petendo, ut Primus ipſam liberaret. Si quis hoc modo facti ſpeciem cum textu & ratione conferat ac conciliet, illum ad Fabri argumenta non difficulter reſponſurum exiſtimo. De *viſionis* verbo quod dicit eſſe notam Tribonianiſmi diximus alias, Briſſonio & Antonio Anguſtino, eximiis Latinitatis cenſoribus, ſatis Latinum illud vocabulum pro illius ævi ratione videri.

Pomponius Lib. 1. Senatus Conſultor.

Si mulier pro eo, pro quo interceſſerit, judicium parata ſit accipere, ut non in veterem debitorem actio detur: quoniam Senatus conſulti exceptionem opponere poteſt, cavere debebit, exceptione ſe non uſuram: & ſic ad judicem ire. l. ult §. pen. de Sc̃to Vellej.

1. Ex hoc textu Communis opinio fluxit, Mulierem uti non poſſe Vellejano Sc̃to, ſi beneficio ejus renuntiaverit, addito argumento *l.* 40. *in pr. d. Condict. Indeb.* unde ratio differentiæ peti ſolet, cur filiusfamilias Sc̃to Macedoniano renuntiare nequeat; ſecus ac mulier de Vellejano poſſit, quia hoc in favorem ſexus, illud in odium Creditorum ſit conſtitutum. Sed hoc jus non immerito Anton. Faber, ad *h. l.* ut à ratione juriſque Civilis connexione alienum arbitratur, ſequutus in eo Bartolum alioſque non ſpernendos auctores, qui abſurdum exiſtimant, mulierum interceſſions reddere nullas; & ſimul illis dare facultatem abjiciendi ſanctionem legis, eâque incaſſum prohibente, fidejuſſiones & interceſſiones committere validas, cum ſatis conſtet, qua facilitate intercedunt, eàdem renuntiare ſolere mulieres. Diſtinguunt igitur inter Renuntiationes inde ab initio juxta interceſſionem factas, & quæ poſtea ſunt interpoſitæ; de tali hunc locum eſſe intelligendum, non de eâ, quæ fit ab initio; quam revera Cenſurâ dignam fore non dubitant illi Auctores.

2. Sed, etſi rationes illæ ſpernendæ non ſint, à Communi tamen ſententiâ cur recedendum ſit, perſuadendo non ſufficiunt: In contrarium rationes modo relatæ prævalent, ne diutius quæſtioni vulgatæ inhæreamus. Ad Cenſuram, reſponſio peti poteſt ex eo, quod ad locum præcedentem diximus; Si mulieres animo ad intercedendum acriter inducto & enixe determinato progreſſæ fuerint, non eſſe iis integrum, ſalvâ conſcientiâ, uti Vellejano. Neque tam

 lex

Digitized by Google

lex omiſit illam limitationem, quia minus eam probat, quam quia præſumptio eſt pro imprudentiâ & facilitate ſexus. Quod ſi evidenter conſtet, mulierem nolle SenatusConſulto ſe tueri, tametſi nihil expreſſerit, hoc ipſo tamen, quod exceptionem Senatus Conſulti non opponit, condemnatur, ut Faber ipſe docet *hic*, & probatur *ex l.* 11. *de Sčto Macedoniano.* Eodem pertinet, quod ſi mulier poſt biennium Interceſſionem repetierit, Senatus Conſulti beneficium ad hanc novam interceſſionem eludendam, adhibere non poteſt. Denique, mulierem Tutelæ officium adeuntem non aliter admittunt Leges, quam ſi Velleiano SenatusConſulto renuntiet *l. ult. C. Quand. mul. Tut. off.* Quæ non tam eſt exceptio, ut Faber vult, quam ex loco Communi de Renuntiando, ad uſum ſpecialem applicatio.

Juſtinianus Auguſtus.

In bonæ fidei judiciis libera poteſtas permitti videtur judici, ex bono & æquo æſtimandi, quantum actori reſtitui debeat. In quo & illud continetur, ut, ſi quid invicem præſtare actorem oporteat, eo compenſato, in reliquum is, cum quo actum eſt, debeat condemnari. Sed & in ſtricti juris judiciis ex reſcripto divi Marci oppoſita doli mali exceptione, compenſatio inducebatur. Sed noſtra Conſtitutio eaſdem compenſationes, quæ in re apertâ nituntur, latius introduxit, ut actiones ipſo jure minuant, ſive in rem, ſive in perſonam, ſive alias quaſcunque: excepta ſola Depoſiti actione, cui aliquid compenſationis nomine opponi, ſane iniquum eſſe credimus: ne ſub prætextu compenſationis, depoſitarum rerum quis exactione defraudetur. §. 30. *Inſt. de Act.*

1. Inter Capita Juris non cohærentia & abſurda ponit hunc locum D. A. Matthæus *Diſp. Fund.* x. *th.* 20. Exceptio debet eſſe de Regula, quæ non tam eſt ſcholæ veteris & jam fere exploſæ, quam ſanæ doctrinæ regula. Sed hæc exceptio non eſt de Regula. Nam Compenſatio, de quâ hic agitur, & quam ipſo jure fieri, virtute ſuæ Conſtitutionis prædicat Imperator, non poteſt habere locum in ſpeciebus, ſive corporibus; quia cum ipſo jure, id eſt, ſine ullo hominis, judicis vel partium facto committatur, ex rerum natura, uſum habere non poteſt; niſi in rebus fungibilibus, quarum una alterius vice promptè & expedite poteſt fungi. Sed in rebus, quarum inæquale pretium æſtimationem hominum requirit, vis tollendi vel minuendi obligationem, ipſo jure, quæ factum hominis excludit, nullam poteſt habere facultatem, ut in *Prælection. ad h. t.* demonſtratum & ab omnibus adfirmatum eſt. Quomodo igitur à Regulâ Compenſationum excipitur Depoſitum, quod eſt de reſtitutione rei in ſpecie, ſive corporalis? Siquis excipiat, Regulam compenſationis etiam in corporibus habere locum; quia non modo in actionibus in perſonam pecuniariis, ſed in quibuslibet aliis, reſtitutoriis, imo & in actionibus in Rem admittitur, ut *hic* ipſe docet Imperator; ubi tamen de corporibus agi certum eſt: Reſpondetur, in Actionibus in Rem cæteriſque reſtitutoriis, non aliter

Digitized by Google

uſu venire Compenſationem, quam poſitis terminis habilibus; quatenus res, de quibus agitur, compenſationem admittant, ſive ab initio, ut, ſi vindicetur oleum, vinum, frumentum, pecunia numerata, vel ex poſt facto, ſi quis in æſtimationem rei deperditæ vel deterioris factæ condemnatus, ad certum pecuniæ debitum ſit redactus: quo caſu, ac inde ab eo tempore, nihil vetat, admitti Compenſationem. Verum hoc ſenſu, ne quidem in Depoſito neganda videtur Compenſatio; Si quis in certam pecuniæ ſummam condemnatus actione depoſiti, per oppoſitionem mutui debiti, ſolutionem occupare velit. Nihil enim aliud in hoc §. *&* *l. ult. C. de Compenſ.* cavetur & prohibetur, quam ne quis ſub prætextu Compenſationis, depoſitarum rerum neget reſtitutionem: Idque ne quidem propter impenſas in rem factas, aut ullum aliud debitum, etiam maxime liquidum, permittendum videtur. Sed ita res in eo deſinit, in quo plane eſt acquieſcendum, non tamem negari Compenſationem in hoc loco *Inſtitut. & d. l. ult. C. h. t.* quam Retentionem rerum depoſitarum; quam Juſtinianus paulo rotundius & latius, quam alioqui par eſt & fieri ſolet, à Compenſatione non diſtinxerit, ut jam à nobis obſervatum eſt in *Prælect. h. t. n.* 16.

2. Sed quid hoc eſt, quod Juſtinianus in *hoc* §. adfirmat, ſua Conſtitutione factum eſſe, ut compenſationes in omni genere Actionum ipſo jure fierent; cum id aliquot ſeculis ante Juſtinianum obtinuiſſe, liquido probetur ex Paulo in *l.* 4. *& l.* 21. *h. t.* & Alexandro Imperatore *in l.* 4. *C. h. t.* Hoc in deſcribendo §. 30. quem præ manibus habemus, omiſiſſe Tribonianum, adſerit D. Wiſſenbach *ad. h. t. n. 6.* nec quicquam addidiſſe novi, per Conſtitutionem ſuam, quando & Depoſiti exceptio ſit juris antiqui, teſte Paulo 2. *ſent. Tit. Depoſiti*, qua de re Cujacius *lib.* 8. *Obſ. c.* 16. Quorſum igitur hæc aperta prædicatio, qua ſibi mutationis auctoritatem tribuit Juſtinianus? Quid fuit hoc aliud quàm riſum hominibus ſui tempors, haud omnino Juris imperitis debere, jactantiæ causa ineptiſſimæ? Sed Cujacius idem in *lib.* 15. *Obſ. cap.* 12. ſcribit, hoc peperiſſe novi Juſtinianum, ut Compenſationes, quæ olim in Actionibus in perſonam pecuniariis ſolummodo erant receptæ, ut *ex l.* 4. *& aliunde*, refutatis ἐναντιοφανομένοις adſtruit, etiam in Actionibus in Rem obtinerent. Qua re factum ſit, ut omnes deductiones, quæ olim taxatione judicis indigebant, poſt *d. l. ult.* à Juſtiniano publicatam, pro compenſationibus habeantur, & ipſo jure fiant: quod tamen quo pacto intelligendum ſit, non explicat Cujacius, & eſt difficile explicatu. Nam ſi compenſationes rectè negantur habere locum in corporibus, ideo, quod illa non recipiant æſtimationem mutuam, ſine facto hominis & calculo comparationis, eadem ratio non patitur, ut deductiones, quæ fiunt in actionibus in rem, perinde ipſo jure fiant ac in perſonalibus. Sane, poſtquam ad rationem pecuniariam illæ deductiones redactæ ſunt, ab hoc tempore eas recipere compenſationem nemo dubitat; ſed hoc non eſt *Ipſo jure* compenſationem fieri; cum facto hominum præcedente, id eſt, comparatione debitorum ac æſtimatione fiant. *Ipſo jure* dicuntur operari, quando à prima reciproci debiti origine prius quam in judicio moveatur, creditoris obligatio tollitur aut minuitur *l.* 4. *h. t.* Ergo ſi deductiones in actionibus

in

in Rem ipſo jure fiant, & compenſationes inducant, non à tempore judicialis æſtimationis, ſed à primâ debiti origine locum & effectum habere debent. Eaque mens eſt verborum Juſtiniani *in d. l. ult. in pr. Compenſationes ex omnibus actionibus ipſo jure fieri ſancimus, nullâ differentiâ in rem, vel perſonalibus actionibus inter ſe obſervandâ*, dubitare licet. Quid igitur, an dicemus admittendam eſſe eorum ſententiam, qui deductiones in actionibus in rem & reſtitutoriis factas, volunt retrotrahi, & debitum minuere inde ab eo tempore, quo cauſa deductionis verè nata fuit. Nos aliter diſputavimus in *Prælect. ad h. T. n.* 4. Verum enimverò ſi quis eam fuiſſe mentem Juſtiniani contendat in *hac l. ult.* quod vim illam compenſationis retrogradam admitti voluerit, in deductionibus, quæ *judici facilem exitum ſui præſtent, nec multis ambagibus innodatæ ſunt: Ne is, cui certò & indubitatò aliquid debetur moratorio circuitu à ſpe condemnationis excludatur*, non habeo quod valde contradicam. Sic enim docet Imperator, *tunc utendum eſſe jure ſtricto, ut deductiones, quas invenerint* judices *majorem & ampliorem expoſcere imaginem, eas quidem alii judicio reſervent*, litem vero moram *terminali ſententiâ*, ut loquitur, componant. Hæc forte minus abhorreant à ſcopo Cæſaris, quam à nobis expoſitum eſt, in *Prælect. ad h. T. d. n.* 4. cum quibus hæc conferri & jungi velim. Denique ſic argumento *d. l. ult.* & ex interpretatione Cujacii diſtinguendum videtur. Deductiones & æſtimationes rerum in actionibus in Rem prompte ad rationem liquidam & pecuniariam reduci poſſunt. Aut obſcuriores & intricatiores ſunt. Quæ ſunt prioris generis hæ, cum liquidæ ſunt factæ, vim habent retrogradam, ut ab eo tempore, ex quo conſtat illas vere fuiſſe debitas, ipſo jure debitum minuiſſe dicantur. In cæteris idem effectus *ipſo jure* compenſandi ceſſet.

Papinianus Lib. 13. Reſponſ.

Ob negotium copiarum, expeditionis tempore mandatum, Curatorem condemnatum, pecuniam jure compenſationis retinere non placuit: quoniam ei non compenſatur l. 20. *d. Compenſat.*

1. Cenſura. Cum nihil ſit æquius Compenſatione, rem facit iniquam Reſpublica, ſubducens ſe debitoribus ſuis, ad hoc commune præſidium ſe recipientibus. Curator annonæ militaris, (hæc enim per *copias*, non cohortes militum, intelligitur, apud Ciceronem alioſque veterum paſſim) ex hac cauſâ reliquator extitit, & debitor Reipubl. conventus opponit, Rempubl. ſibi viciſſim debere, quod ſuo cum debito compenſandum ſit. Quid æquius, inquam; & tamen condemnatur in ſolidum; Suum vero debitum novâ petat actione, ſi velit. & cum fiſco litiget; quo nihil durius, cum Principe litigare, Ἀφρων ἐστ' ἰδίλοι. *Stultus id auſurus &c* Præterea, quid hoc ineptæ repetitionis; *Pecuniam jure compenſationis non retinet, quia non compenſatur*? Referatur ad locum communem rationum *inertium ac otioſarum, quæ idem bis inculcant, & principium petunt*, quem collegit A. Matthæus *Diſp. fundam.* 10.

2. Parum prægnans eſt hic Titulus Cenſurarum numero vel qualitate. Quod

ad hanc attinet; Compenſatio ſane tantæ eſt æquitatis, ut nec Reſpublica Creditrix eam recuſare poſſit, *l. 19. t. h.* Niſi quod Annonæ militaris cauſa tam favorabilis eſt, imo ad ſummam Rempubl: pertinet, ut ſolutiones ex eâ cauſâ compenſationibus retardari, non expediat; quod non majorem defenſionis habet difficultatem, quam reliqua Fiſci privilegia privatorum derogantia commodis. Quod ad petitionem principii attinet, eadem ſit reſponſio, quam dedimus ad *l. 2. §. 1. d. off. procos.* & *l ult. in pr. d. off. Procur Cæſ.* Refert ſe ad jus poſitivum & conſtitutionem eâ de re ſpecialiter introductam, quaſi dictet, non compenſantur, quia conſtitutum eſt non compenſari; quæ eſt ratio recta & peremptoria.

Ulpianus Lib. xxx. ad Edictum.

Hæc autem ſeparatio cauſarum, (depoſiti miſerabilis & ſimplicis) *juſtam rationem habet. Quippe, cum quis fidem elegit, nec depoſitum redditur, contentus eſſe debet ſimplo: cum verò, extante neceſſitate, deponat, creſcit perfidiæ crimen; & publica utilitas coërcenda eſt, vindicandæ reipublicæ cauſa; eſt enim inutile, in cauſis hujuſmodi fidem frangere L. 1. § 4. Depoſiti.*

1. Depoſitum miſerabile eſſe, quod deponitur incendii, tumultus, ruinæ, naufragii cauſâ, notum eſt. Perfidiam in hoc genere commiſſam gravius animadvertendam eſſe, quam in ſimplici depoſito publicæ deſciplinæ ratio poſtulat. Ac ita fit ut duplo mulctetur, cum alias ex depoſito nonniſi in ſimplum actio detur. *b. l. 1. §. 1.* Verum quid hoc eſt dicere, *Publica utilitas coërcenda eſt*, dum creſcit perfidiæ crimen, Ipſum crimen, inquam, exercendum potius quis non videt? Ideò vulgata vetus legit, *Publicâ utilitate coercendum eſt.* Haloandrina, *utilitas coercendo vindicandâ eſt.* Cujacius *Inutilitas coërcenda.* ad *l. 2. C. de fid. & jur. haſt.* quo etiam inclinat Duarenus, 1. *Diſp.* x1. & Faber *ad h. §.* Gotofredus, Legendum videtur, inquit, *Coercenda & vindicanda* Reipublicæ cauſa: ſupponens hanc locutionem, *utilitas coercenda*, poſſe ferri. Sed tum nihil vetet, retinere Florentinam, ut conciſa locutio ſit, *coercenda*, pro coercendo vindicanda; nec opus ſit addi, *vindicanda*, ſubintelligi ſufficit. Nec alienum id ab acumine Veterum, Laconiſmo utentium & aculeis gaudentium orationis. Ex emendationibus ſi qua utendum, Haloandrina magis placeat.

2. Sed ab iſto acumine prorſus abhorrere videtur ultima hujus verſiculi clauſula. Poſtquam ſat gravibus verbis dixit Ulpianus; Creſcit perfidiæ crimen & publica utilitas *coercenda* eſt vindicandæ Reipublicæ cauſa, ſubjicitur; *Eſt enim inutile in hujuſmodi cauſis fidem frangere.* Quid frigidius? Referatur ad locum communem D. Antonii Matthæi, *JurisConſulti ſæpe otioſas & inertes rationes reddunt, diſp. fund.* 10. Nec ſi legas, *Incivile*, ut eſt apud Haloandrum, profeceris multum. Proprius ad rem facit, quod Duarenus in *lib. 1. diſp. c. x1.* multis probat. *Inutile* non tantum ſignificare, quod *non eſt utile*, ſed quod noxium & grave eſt. Sic Paulus *in l. 13. d. Adminiſtr. Tut. Inutile eſt pupillis, ſi adminiſtratio eorum non ſervetur.* Plinius, *Vinum jejunos bibere, inutiliſſimum eſt l. 23. c.* 10. Cel-

c. 10. Celſus, *Inutilis eſt, poſt cibum, aut contentio, aut cogitatio animi l.* 10 *c.* 5. Si quis ita necdum ſatis emphaſios in hac clauſulâ reperiat, ita cogitet: Inutile non ſimpliciter noxium, ſed penitus, excellenter, enixe repugnans utilitati ſignificare, ut *Illaudati Buſyridis aræ*, & Styx *Inamabilis* apud Virgilium, explicante Gellio 2. *noct.* 6. Talem emphaſin Ulpianus hic etiam τῷ *Inutili* impreſſit ac ineſſe voluit, reſpectu perfidiæ in depoſito miſerabili commiſſa. Addo Apoſtolum *ad Hebr. c. ult. v.* 17. Πείθεσθε τοῖς ἡγεμένοις ὑμῶν καὶ ὑπείκετε: αὐτοὶ γὰρ ἀγρυπνῦσιν ὑπὲρ τῶν ψυχῶν ὑμῶν, ὡς λόγον ἀποδώσοντες, ἵνα μετὰ χαρᾶς τῦτο ποιῶσι, καὶ μὴ στενάζοντες, ἀλυσιτελὲς γὰρ ὑμῖν τῦτο. *Parete ductoribus veſtris & morem illis gerite; vigilant enim pro animabus veſtris, ut rationem reddituri, quo id cum gaudio faciant & non ingemiſcentes. Id enim INUTILE vobis.* Id eſt, noxium & perniitioſum.

Ulpianus Lib. xxx. ad Edict.

Eſt autem, & apud Julianum libro tertiodecimo digeſtorum ſcriptum, eum, qui rem depoſuit, ſtatim poſſe depoſiti actione agere. Hoc enim ipſo, dolo facere eum, qui ſuſcepit, quòd repoſcenti rem non reddat. Marcellus autem ait, non ſemper videri poſſe dolo facere eum, qui repoſcenti non reddat. Quid enim, ſi in provincia res ſit: vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non ſit facultas? vel condicio depoſitionis non extitit. l. 1. *§.* 22. *Depoſiti.*

1. Depoſitum ſemper repeti poteſt, quod & quidni ſtatim à recenti poſitione? Cur enim negat eam reddere Depoſitarius, cujus nulla vertitur utilitas? nec improbitatis notam effugit, adeoque dolum, negando promptam depoſiti redditionem, committit, ut rectè Julianus putavit. Sed Marcelli exceptiones ab Ulpiano relatæ hoc loco, ineptæ & calumnioſæ ſunt, ait Anton. Faber. Cum enim nihil ſit apertius, quam Julianum depoſitarii dolum non arguere, niſi cum reſtituendi facultatem habet, inſulſum eſt, opponere caſus, quibus in promptu minime fuit, reddere depoſitum, ut ſunt exceptiones Marcelli; quem notas ad Julianum ſcripſiſſe, potius reprehendendi & inſectandi, quam interpretandi ſtudio, Faber animadvertit, eumque hos caſus objectaſſe, *quaſi magnum quid, & quaſi Julianus aut ignoraverit aut non viderit*, dari poſſe caſus, quibus ſcilicet depoſitarii dolus argui nòn poſſit, cum res ipſa non habet facultatem. *Calumnioſa*, inquit, *Adnotatio*, Faber. Plane jejunum oportet fuiſſe Marcelli judicium, qui talia reprehendendi cauſâ, quibus ſe ipſum magis ludibrio exponat, protulit. Sed unde Faber habet, quod Marcellus his objiciendis, ſe magnum quid ac inopinatum movere putaverit? Nihil ejusmodi eſt in verbis. Ne quidem ullum reprehenſionis aculeum video: Sed brevem Juliani poſitionem & conciſam exemplis illuſtravit claris, & diverſum ſpectantibus, ad uſum regulæ melius exhibendum & ſupplendam Juliani orationem compendiariam.

Ulpianus Lib xxx. ad Edict.

Si pecunia in ſacculo ſignato depoſita ſit, & unus ex heredibus ejus, qui depoſuit, veniat repetens: quemadmodum ei ſatisfiat, videndum eſt. Promenda pecunia eſt vel coram Prætore, vel intervenientibus honeſtis perſonis: & exſolvenda pro parte hereditaria. Sed etſi reſignetur, non contra legem depoſiti fiet: cum vel prætore auctore, vel honeſtis perſonis intervenientibus hoc eveniet: reſiduo vel apud eum remanente, ſi hoc voluerit: ſigillis videlicet prius ei impreſſis, vel à Prætore, vel ab his, quibus coram ſignacula remota ſunt: vel, ſi hoc recuſaverit, in æde deponendo. Sed ſi res ſunt, quæ dividi non poſſunt: omnes debebit tradere, ſatiſdatione idonea à petitore ei præſtanda, in hoc, quod ſupra ejus partem eſt: Satiſdatione autem non interveniente, rem in ædem deponi, & omni actione depoſitarium liberari. L. 1 §. 36. Depoſiti.

1. Totum hunc §. Antonius Faber exiſtimat eſſe Triboniani, & Ulpiano indignum. Si enim nihil quam emblematicam argueret cacoëthen, hanc nobis præterire liceret, poſtquam ab initio hujus operis, non videri in eo per ſe fuiſſe peccatum, ſi nulla in Artem confuſio invehatur, probavimus. Nam ſi recte ſe habeat Jus conſtitutum, ſive à manu Triboniani, id eſt, ipſius Juſtiniani, ſive à Veteribus JureConſultis à Juſtiniano laudatis ad nos immediate profluxerit, Eunomiæ nihil intereſſe videtur. Nec tamen omnino nihil hic eſſe à manu vel ſtylo Triboniani, cur pugnem, habeo. Sed primum, quod phraſin *promenda pecunia*, Faber negat eſſe latinam ſatis, pro explicanda & exhibenda, ut loquitur, quid ſibi velit, neſcio. Quomodo enim proprie magis diceret quiſquam, pecuniam in ſacculo obſignatam inde proferre, quam *promendi* voce? quod probatu non indigeat. Ad rem pertinet, quod pecunia male dicitur eſſe promenda *coràm Prætore, vel intervenientibus honeſtis perſonis*: Cum etiam, *inquit*, ſine Prætore, nec illis intervenientibus honeſtis perſonis, liberari poſſit Depoſitarius; ſi modo ſacculum ipſum, qui certe individuus eſt, præſertim, quamdiu ſignatus manet, reſtituere velit uni ex heredibus, ut conſtat ex *l. ſi ſtipulatus ſim*, 81. §. 1. *d. Solut.*

2. Atqui in hac *L.* 81. agitur de Lance depoſitâ à defuncto, & ab uno ex heredibus repetitâ, de quâ Pomponius, ſi reddita ſit abſque dolo, non teneri ſcribit depoſitarium, melius tamen hunc eſſe facturum, ſi Magiſtratus auctoritatem adhibuerit, ne, quod uni heredum depoſitum reddidit, fraudi ſit iſti. Hoc Pomponius de re individua. In hoc loco agitur de re dividuâ, qualis eſt pecunia; Nam quod Faber ait de ſacco, nugatorium eſt, cum pecunia, non ſaccus, depoſita ſit & dicatur *in h. l.* Quod de indiviſibili Lance Pomponius eſſe dixit tutius, adhibere Magiſtratum; hoc Ulpianus in pecunia diviſionis capace putavit eſſe neceſſarium, ſaltem, ut coràm teſtibus fieret; Unus enim heredum plus ſuâ parte nec petere, nec depoſitarium, plus accipiens liberare poterat, quâ de re eſt notabilis Conſtitutio Juſtiniani *in l.* 12. *C Depoſiti.* Imo, ſi hic omnem uni pecuniam dediſſet, quominus reliqui heredes actionem pro ſuâ

parte

parte Depoſiti movere potuiſſent, cauſa nulla reddi poteſt; ſecus ac res ſe haberet, in re individuâ, modo cautionem ab uno herede illo exegiſſet, ut in fine textus ſubjicitur. Faber excipit, in caſu rei individuæ non eſſe neceſſariam ſatisdationem, quia Pomponius illam non exigit *in d. l.* 81. etſi fatetur idem, ſatius eſſe, uti res per Prætorem adminiſtretur. At nec Ulpianus *hic* ait, depoſitarium *incidere in obligationem*, ut loquitur Pomponius in *l.* 81. ſi rem individuam uni heredum ſine dolo malo reſtituat, monet tamen ut ſatisdatio exigatur, vel res in ædem ſacram deponatur. Quod tantum abeſt, ut vel *d. legi* 81. contrarium, vel improbandum ſit, ut alteri loco ſupplendo & muniendo rectiſſime ſerviat. Quæ præterea Faber, de frequentibus ablativis in hoc textu, qui Triboniano ſint familiares, & conſtructione minus commoda cavillatur, exiliora ſunt, quam ut tam prolixe, quam ſi illum perſequeremur, neceſſe foret, ea deducamus. Si quid in ſtylo ſit Tribonianæum, ut neceſſe non habemus enixe negare de quibusdam verbis, ita locum totum eſſe à Triboniano, vel in argumento negotii quicquam Cenſurâ dignum à Fabro demonſtrari, cum ratione negamus.

Ulpianus Lib. xxx. ad Edictum.

Si velit ſequeſter officium deponere, quid ei faciendum ſit? & ait Pomponius: adire eum prætorem oportere: & ex ejus auctoritate denuntiatione facta his, qui eum elegerant, ei rem reſtituendam, qui præſens fuerit. Sed hoc non ſemper verum puto. Nam plerumque non eſt permittendum, officium, quod ſemel ſuſcepit, contra legem depoſitionis deponere: niſi juſtiſſima cauſa interveniente. Et cum permittitur: rarò ei res reſtituenda eſt, qui venit: ſed oportet eam, arbitratu judicis, apud ædem aliquam deponi. L. 5. §. 2. Depoſiti.

1. Hunc etiam locum Ariſtarchus Tribonianæus Ulpiano indignum, à Compilatoribus effictum putat eſſe Faber. Sed quia parum in argumento, maxime ſtylum arguit; Eunomiæ forte res tanti non eſt. Non ſolent Prudentes, inquit, à quæſtiunculis ordiri, ut hic, *quid ei faciendum ſit.* Non ſolent Prudentes cauſam exigere, *niſi juſtam*, Tribonianus, *juſtiſſimam*, ut hic. De verbis ita quod tam facile refutatur, quam refertur. Ad rem. hoc Arguit, *Raro* ait textus, *ei reſtituenda res eſt.* Non addit, ait Faber, quibus caſibus reſtituenda ſit vel non, quod Ulpianus non prætermiſiſſet. In his cavillationibus hærere, non minus eſſet cavillatorium, quam ſuper talibus, Artis magnæ conditores inſectari. Cui bono, rogat Caſſius, hæc commentatio fictilis? Cur Pomponius ad hujus figmenti auctoritatem citatus? quis tantam in hominibus tam excelſo negotio adhibitis præſumat vecordiam; ut locum Ulpiano, quaſi ex Pomponio adfingant, in quâ nihil quam jus tralatitium continetur? Majuſculi videtur eſſe momenti, quod ſubjicit, confundi hoc loco nomen Judicis & Prætoris. Cum enim primo dictum ſit, *adeundum eſſe Prætorem*, addit in fine, *Judicis arbitratu eſſe reſtituendum.* Atqui veteres JurisConſulti Prætoris & Judicis appellationem *diligentiſſime diſtinguunt*, ait Faber. Imò Ulpianus idem, Prætorem vocat Judicem

Digitized by Google

cum *in l. 1. d. Judiciis*; ubi Faber ipſe fatetur, Judicis nomen eſſe generale. Idem Ulpianus generalem & ſpecialem Judicis appellationem uno loco permutat *in l. 81. eod.* Sic alibi in ipſis Pandectis. Vide ſis Wiſſembachium ad *Tit. x. de Judic. n.* 10. Nihil igitur in hac promiſcuâ appellatione incommodi. Sed nec opus eſt, ut Prætorem & Judicem confundi dicamus: Quæſtio enim hic propoſita cum non minus apud Judicem pedaneum, id eſt, lite conteſtata, quam apud Prætorem moveri poſſit & ſoleat, quid utriuſque mentionem fieri vetat? cum utique non certa facti ſpecies, ſed quæſtio in Theſi proponatur & decidatur, quæ tam caſibus ante, quam poſt litem conteſtatam applicari poteſt: *Lomentum* igitur *Cenſuræ*.

Pomponius Lib. xxII. ad Sabinum.

Depoſitum eo loco reſtitui debet, in quo ſine dolo malo ejus eſt, apud quem depoſitum eſt. Ubi vero depoſitum eſt, nihil intereſt. Eadem dicenda ſunt communiter & in omnibus bonæ fidei judiciis. Sed dicendum eſt, ſi velit actor ſuis impenſis, ſuoque periculo perferri rem Romam, ut audiendus ſit: quoniam & in ad exhibendum actione id ſervatur. L. 12. §. 1. *Depoſiti.*

1. De poſteriore parte hujus L. Antonius Faber; *Hic verſiculus*, inquit, *mihi valde ſuſpectus eſt, & parum abeſt, quin putem, eſſe Triboniani. Nec enim videtur habere rationem ullam, ut Depoſitarius, qui Epheſi depoſitum accepit cogatur rem depoſitam perferre Romam, etiamſi maxime is, qui depoſuit, perferri eam ſuo periculo & ſuis ſumptibus velit. Nec enim is qui depoſitum recipit, ad aliud ſe obligat, quàm ut rem depoſitam cuſtodiat & reddat, non etiam, ut alio perferat.* De ſtylo non habet aliud argumentum, quam quod Pomponius non fuiſſet ſcripturus, *in ad exhibendum actione*; ſed ita potius; *in actione ad Exhibendum*, cum Prior ſit Græciſmus: Quaſi veteribus Juris auctoribus incogniti eſſent Græciſmi, quibus nihil uſitatius illis eſſe conſtat, & pluribus exemplis illuſtrat Antonius Auguſtinus *lib. 2. Emend. cap.* 1. Ad rem quod attinet, non minus eſt frigida Cenſuræ cauſa; quaſi depoſitarius in hoc textu ad novum & oneroſum factum obligaretur; cum nihil ab illo exigatur, quam ut ſine ullo ſumptu vel onere ſuo rem depoſitam mittat, quo deponens rogat; Qua re nihil innocentius, & Quod, ſi depoſitarius gravetur, hominis importuni & depoſitum retinere cupientis ſpeciem præ ſe ferat oportet. Vix refutari meretur, quod negat Faber, rationem eſſe bonam, quæ ab actione ad Exhibendum ducitur; eo quod major ſit depoſitarii, quam poſſeſſoris, cui nullo jure petitor obligatus eſt, favor; Semper id obſervandum eſſe; ut quam minimo Depoſitarius incommodo afficiatur; ait Faber. Quaſi quicquam incommodi eſſet in eo, quod rem depoſitam roganti domino ſumptu & periculo petentis tranſmittendam concedit. Affectatio Cenſuræ inanis & ipſo indigna Fabri ingenio.

Ga-

Digitized by Google

Gajus Lib. IX. ad Edict. Provic.

Si plures heredes exiſtiterint ei, qui depoſuerit : dicitur, ſi major pars adſuerit, reſtituendam rem præſentibus : majorem autem partem non ex numero utique perſonarum, ſed ex magnitudine portionum hereditariarum intelligendam, cautela idonea reddenda. l. 14. *in pr. Depoſit.*

Textus hic totus Triboniani eſſe videtur, ait Faber. Mihi quod ſæpe dixi, non facile poteſt perſuaderi, Tribonianum integros textus ſub aliis nominibus eſſe commentum niſi id evidentius liqueat, verba quædam aliquando videri adſperſiſſe, non negem: Qualia ſint heic ultima, *Cautelâ idoneâ reddendâ*, quæ non videri genuina Caji, putat etiam Briſſonius in *Cautelâ*. Confer *l.* 21. *d. Judic. l.* 6. *d. Pign. act.* Tametſi, quod propius ad Eunomiam pertinet, hæc verba ſenſu recto non videntur eſſe ſupervacua, ut *infra* videbimus. Cætera Fabri, *dicitur* pro *dicendum* eſt, *Adierit* ſimpliciter, pro *Adierit* Prætorem vel depoſitarium: Magnitudine, pro *quantitate*, nullius ponderis ſunt, nec à Veterum abhorrentia ſtylo. Rerum argumenta magis ad Eunomiam pertinent. Torquet autem dilemma Faber; Res depoſita vel individua eſt, vel diviſibilis. Si individua, reddi poteſt uni ex heredibus, ſine ullâ cautione, quod ſe probaſſe dicit ad *l.* 1. §. 36 *h. t.* quam modo vidimus; Ergo nec cautelæ tum, neque numero, neque quantitatis reputationi locus eſt, in hac ſpecie. Quod ſi dividua res ſit, ſinguli heredes pro partibus hereditariis agere debent, neque plus, etſi cautionem *offerant*, petere poſſunt, per *l.* 25. §. *Cum ea ſtipulatio. Famil. erciſc.* Igitur neutro caſu fieri debere, quod hic locus dictat, concludit Faber, & eſſe locum inutilem, falſum. Quod puto cum ratione negari, utrovis caſu dilemmatis. Nam in re individuâ uni heredum reddendâ, dictare prudentiam juris, ut cautio reſpectu reliquorum exigatur, demonſtravimus ad *d. l.* 1. §. 36. Rurſus ſi rem dividuam pars major heredum repetierit, non videtur juſtam habere cauſam negandi reſtitutionem depoſitarius, maximè, ſi cautio præſtetur; multo minus, ſi res individua ſit, inquam: Etſi tum forte ſufficit unus heredum, qui cavere paratus ſit. Nec aliud ex iis, quæ ad *d. l.* 1. §. 36. dicta ſunt, juris eſſe colligitur, ut paulo ſuperius demonſtratum eſt. Majoris autem partis heredum inſtantia, licet ad rei individuæ reſtitutionem neceſſaria non ſit, ut ex *l.* 81 §. 1. *d. Solutione* conſtat; ſi tamen, ut hic ponitur, accidat, in cauſa eſt, ut reſtitutio depoſiti indiſtinctè ſub cautione peti poſſit; quemadmodum hic locus indiſtincte docet. Quod ſi Cautio neceſſaria ſit, an verbum *Cautelæ* ſatis argumenti præbeat, ut hic verſus ſit eliminandus & reliqua tot loca pro corruptis habenda ſint, velim lector conſideret. Si enim res *cautionem* exigat, oportet eam Gajus adjecerit; neque plus inexpectari aut anomaliæ eſt in voce *cautelæ*, à *caveo* & *cautus*, quam *Tutelæ* à *Tuendo* & *Tutus*, aut *Medelæ*, à *medendo* aliiſque ſimilibus. In *l.* 21. *d. Judiciis* alia ratio eſt, ut ibi vidimus.

Digitized by Google

Marcellus Lib. v. Digeſtor.

Si duo heredes rem apud defunctum depoſitam dolo interverterint, quodam utique caſu in partes tenebuntur: nam ſi diviſerint decem millia, quæ apud defunctum depoſita fuerant, & quina millia abſtulerint, & uterque ſolvendo eſt: in partes obſtricti erunt, nec enim amplius actoris intereſt. Quod ſi lancem conflaverint, aut conflari ab aliquo paſſi fuerint, aliave quæ ſpecies dolo eorum interverſa fuerit: in ſolidum conveniri poterunt, ac ſi ipſi ſervandam ſuſcepiſſent: nam certè verum eſt, in ſolidum quemque dolo feciſſe, &, niſi pro ſolido, res non poteſt reſtitui: nec tamen abſurde ſentiet, qui hoc putaverit. Planè, niſi integræ rei reſtitutione, eum, cum quo actum fuerit, liberari non poſſe: condemnandum tamen, ſi res non reſtituetur, pro qua parte heres exſtitit. l. 22. Depoſiti.

Primo quidem adſentior Fabro, verſum ultimum, a verbis, *nec tamen abſurde*; legendum eſſe uno contextu ad finem uſque Legis Editores decepit, quod vox *Plane*, periodos fere inchoat; ſed contextum ſi attendas, non poteſt in voce *putaverit* ſenſus claudi. Idem Faber exiſtimat, eundem hunc verſiculum à Triboniano potius eſſe, quam à Marcello. Nam ille diſtinctionem ſuam executus erat; Aut res eſt dividua, & ſinguli heredes, qui depoſitum interverterunt, pro parte ſua tenentur: Aut individua res eſt, & ſinguli in ſolidum tenentur. Quod ſequitur, in verſu, *Nec tamen abſurde*, in diverſum abit, nec ſtylus cum prioribus congruit. Attamen res ipſa non videtur aliena eſſe ab Eunomiâ, quod liberatio non niſi reſtitutione rei integræ fieri poſſit, condemnandi tamen ſint rei pro partibus hereditariis? Eſt talis caſus in *l.* 85. §. *in ſolidum* 5. *d. V. O.* ubi ſinguli heredes in ſolidum de evictione quæ eſt individua tenentur, ſed præſtatione partis hereditariæ liberantur. Idem eſt in *l.* 72. *in pr. d. Verb. obl.* ubi de facto ſinguli in ſolidum tenentur, attamen condemnatio ad pecuniam redacta in eventu contra ſingulos fit in ſolidum. Cur non idem Marcellus hic voluerit, quod Faber negat, non video; quia dixit, in ipſo eventu, non niſi in ſolidum reſtitui poſſe rem depoſitam & dolo heredum interverſam, ſi extaret, eoque refert eventum judicii; quod etiam eſt æquiſſimum, propter eorum dolum, quod hic eſt amplius, quàm in *d. l.* 85. §. 5. & *l.* 72. *in pr.* Subjungit Juriſconſultus, etſi tam propter individuam præſtationem quam ob dolum ſinguli in ſolidum teneantur, quia tamen res ad præſtationem ejus quod intereſt & in pecuniam reſolvitur, in exitu judicii ſingulos pro partibus eſſe condemnandos. Referendum hoc igitur ad differentiam, quæ eſt inter jus Actionis & officium Judicis. Nec ſatis cauſæ videtur ſuppoſitionis arguendæ, cenſuræque Fabrianæ.

Digitized by Google

Tryphoninus Lib. IX. Diſputat.

Bona fides, quæ in contractibus exigitur, æquitatem ſummam deſiderat, ſed eam utrum æſtimamus ad merum jus gentium, an vero cum præceptis civilibus, & prætoriis? veluti reus capitalis judicii depoſuit ad te centum. Is deportatus eſt, bona ejus publicata ſunt: utrumne ipſi hæc reddenda, an in publicum deferenda ſint? Si tantum naturale, & gentium jus intuemur, ei qui dedit, reſtituenda ſunt: ſi civile jus, & legum ordinem, magis in publicum deferenda ſunt: nam male meritus publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia ſit, etiam egeſtate laborare debet. l. 31. in pr. Depoſiti.

1. Duæ poſitiones hujus loci Cenſuram mereri videntur. Una, quod Jus Civile vincere dicitur æquitatem Juris Naturæ & Gentium: quam negat Ameſius, nec pauci cum illo Juris Conſulti à nobis *ad L. 1. d. SC. Macedon.* laudati. Negat etiam Gajus in *l. 8. d. Cap. Min.* Civilis ratio naturalia jura corrumpere non poteſt, *inquit*: & rationem reddit graviſſimam Juſtinianus, *quia divinâ quâdam providentiâ conſtituta, ſemper firma atque immutabilia permanent*, in §. *pen. Inſt. de Iur. Nat. G. & Civ.* Sed hac objectione defuncti ſumus aliás per diſtinctionem inter Jus Naturæ, quod intrinſecus ad honeſtatem & turpitudinem morum, & quod ad diſpoſitionem de bonis rebuſque patrimonialibus ſpectat. Illud immutabile ſuâ natura eſt; hoc jure poſitivo & voluntario mutari poſſe tota probat Juriſprudentia, cujus rei plura jam vidimus ſpecimina ad *l. 7. d. Pact. Tit. de SCto Macedon. Vellejano & alibi.*

2. Altera juſtioris forte Cenſuræ poſitio eſt, quod jure Naturali & Gentium, res à malefico depoſita, poſtquam ejus bona pœnæ cauſa publicata ſunt, ipſi, non Fiſco reddenda dicitur. Cum enim per ſententiam res illa Fiſci jam facta ſit, jus naturæ Gentiumque dictare videtur, rem præſenti domino, non ei, cujus antea fuit, eſſe reſtituendam. Nam hoc eſſe Juris Naturæ dictamen, ut ſuum cuique tribuatur, quocunque, licet etiam Civili jure, ei acquiſitum ſit, ratio vult. Quemadmodum ſane Furtum Jure Naturali prohibitum eſt §. 1. *I. de Obligat. ex del.* ſine diſtinctione, quo jure venerit in Dominium. Nec enim Jus Naturæ tantum agere de his, quæ in primo ſtatu naturali obtinent, *ſed de multis, quæ voluntatis humanæ actum conſequuntur*, docet Grotius 1 *de J. B. & P. c. 1. n. 10. Sic dominium*, pergit, *quale nunc in uſu eſt, voluntas humana introduxit: at eo introducto, nefas mihi eſſe, id accipere te invito, quod tui eſt Dominii, ipſum indicat jus naturale.* Atqui dominium Fiſci non minus eſt juſtum, quam Dominium privatorum. Numquid enim hoc minus naturale, vel Juris Gentium eſt, quod addit *hic* Tryphoninus; maleficos ita mereri, ut rebus ſuis priventur, quo alii exemplo à maleficiis deterreantur? Melius probat idem in §. 1. *h. t.* hanc eſſe Juſtitiam, quæ ſuum cuique ita tribuat, ut non diſtrahatur ab ullius perſonæ juſtiore repetitione, nec bonam fidem inter eos tantum, quos inter contractum eſt, nullo extrinſecus adſumpto, æſtimandam ſed reſpectu etiam aliarum perſonarum; ad quas id quod geritur, pertinet. Etſi igitur ſententia, per quam malefici bona pulicata ſunt, à Civili ordine & poteſtate veniat, cum

jure naturæ tamen & Gentium nihil juſtius ſit; ejuſdem juris ratio dictat Fiſco eſſe tradendum, quod ad illum jure pertinet.

3. Hæc ita vera ſunt, ut profecto nihil vetet, Juri Naturæ & Gentium id ipſum dicere conſentaneum videri, ut res Fiſco potius quam malefico depoſitori jure damnato reſtituatur. Sed Tryphoninus de jure naturæ gentiumque primævo, quod ſtatum Civitatis præcedit, quomodo Ulpianus Jure Naturali omnes homines eſſe liberos & ſervitutem eſſe incognitam tradit *in l. 4. d. Juſtit. & Jur.* mihi videtur intelligendus; Non de Jure Naturæ propriè dicto, quod eſt dictamen rectæ rationis, omnes hominum actiones, quamdiu ſtat genus humanum, regens.

Celſus Lib. XI. Digeſtorum.

Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum eſſe: Proculo diſciplicebat: mihi veriſſimum videtur. Nam & ſi quis non ad eum modum, quem hominum natura deſiderat, diligens eſt, niſi tamen ad ſuum modum curam in depoſito præſtat, fraude non caret. Nec enim ſalva fide minorem iis, quam ſuis rebus, diligentiam præſtabit. l. 32. Depoſiti.

1. Negat hæc ſanum habere ſenſum Hotomannus. Nam primò omnium, *inquit*, difficile eſt, atque adeo incredibile videtur, Proculum illam pervulgatam ſententiam improbaſſe, quâ dici ſolet, culpam latam dolo æquiparari, vel dolum in lata culpa ineſſe. Deinde, ut eam ſententiam Proculus improbaverit, quorſum tamen illa, quæ ſubſequuntur, pertinent? Non enim de latiore, ſed de levi culpa quæſtio proponitur. Proinde ſic putat, à Celſo fuiſſe ſcriptum. *Quod Nerva diceret, Leviorem culpam dolum eſſe.* Mox, *Nam & ſi quis ad eum modum*, deleta particula, *Non*, Ita Hotmannus in *lib. 2. Obſerv. c. 2.* At ſi Gotofredo, vel ei ex quo ille deſcripſit credimus ad *h. l. 32. Ineptiſſime* Hotomannus ita conjecit. Nec dubitat Faber, Hotmannum non intellexiſſe Celſum.

2. Me quod attinet, Ineptiam in Hotomanni emendatione, ſi hæc neceſſaria non eſt, vel recta, tantam ineſſe non animadverto. Verum enim eſt, ea quæ Celſus habet in ſequentibus, *Si quis ad eum modum, quem hominum natura deſideret* &c. ad levem accedere culpam, quæ eſt omiſſio diligentiæ, quam bonus paterfamilias in ſuis rebus adhibet. Quapropter ut prima conveniant, levis culpa non male poneretur, hoc modo; Quod Nerva diceret, fieri poſſe, ut levior culpa præſtetur in Depoſito (in quo dolus propriè tantum præſtatur) ac ita levior culpa pro dolo habeatur *l. 1. §. ult. l. 20. h. §. 3. l. de Obl. quæ re contrah.* id Proculo diſplicebat, ſed mihi, inquit Celſus, veriſſimum videtur, ita fieri poſſe. Nam & ſi quis in eum modum, quem homines plerumque ſervant, diligens eſt in depoſito, fieri tamen poteſt, ut depoſitarius ita non defungatur; forte minorem in depoſitis, quam in ſuis rebus exhibeat diligentiam. Hæc enim comparatio non patitur eum doli expertem haberi, licet alioqui vulgares diligentiæ partes impleat. Sic emendatio nihil inepti continet.

Etiam

Digitized by Google

Etiam bene fundata videri poterit, ſi rationes ejus ſint neceſſariæ. Sed hac parte laborat. Nam quod incredibile dicit eſſe, Proculo diſpliciuſſe ſententiam, de lata culpa pro dolo habenda, non habet rationem. Quid eſt lata culpa? Non intelligere, quod omnes ſciunt *l. 225. d. V. S.* quo nihil à dolo videtur eſſe alienius: Eſt enim ruſticitas & ſimplicitas craſſa, quæ nec doli capax eſſe videtur. Sic igitur Proculus non de nihilo dubitavit. Sed eum Celſus refellit. Etſi quis, inquit, naturâ non ſit factus ad talem diligentiam, qualis in hominibus ut plurimum ineſt, tamen ſi minorem depoſitis rebus quam ſuis curam adhibeat, dolo non caret. Elucet enim ex illa comparatione malignus animus. Ita ſenſus optime conſtat, ut duplici emendatione Hotomanni opus non ſit nec etiam Fabrianâ, quæ non minus quam ille, tollit *negativam.* Quod autem Faber ſcribit, Hotmannum *retentâ negatione*, *quam ipſe tollit; novam addidiſſe* in illis verbis, *fraude caret*, non intelligo, nec ita in Hotomanno extat: An autem Faber, pro *fraude non caret*, vult legi, *fraude caret*? Id quidem à Celſi mente prorſus alienum fuerit. Nos in Florentinâ lectione libenter & tutò acquieſcimus, ac inde colligimus, quod antehac pridem ex hoc textu docuimus, *Latam culpam pro dolo haberi*, non abſolute, verum ita, ſi quis minorem diligentiam rebus alienis adhibuerit, quam propriis, alioqui ſecus videri. Eaque multi uſus comperta jam pridem & demonſtrata fuit diſtinctio.

Digitized by Google

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM XVII.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Generaliter Julianus ait, ſi fidejuſſor ex ſua perſona omiſerit exceptionem, qua reus uti non potuit: ſi quidem minus honeſtam, habere eum mandati actionem: quod ſi eam, qua reus uti potuit, ſi ſciens id fecit, non habiturum mandati actionem, ſi modo habuit facultatem rei conveniendi, deſiderandique, ut ipſe ſuſciperet potius judicium, vel ſuo, vel procuratorio nomine. l. 10. §. 12. *Mandati.*

Anton. Faber: *Rational. hic.* Mihi locus hic ſemper, *ait*, viſus eſt mancus & mutilus. Nam cum Ulpianus ex Juliano profiteatur, ſe generaliter docere velle, quid juris ſit; ſi fidejuſſor exceptionem ſibi proprio nomine competentem prætermiſerit, ſive reus eâ uti potuerit, ſive non potuerit, multos tamen caſus omittit, in quibus quid juris ſit, non aperit. Neque verò hujes §. aut rationem aut ſententiam, *pergit*, aliter conſtare poſſe arbitror, quam ſi hunc ita legamus, inquit. *Generaliter Julianus ait, ſi fidejuſſor ex ſuâ perſonâ omiſerit exceptionem, quâ reus uti non potuit, habere eum mandati actionem. Quod ſi eam, quâ reus uti potuit, ſi quidem minus honeſtam, æque habere eum mandati actionem, ſin eam, quâ reus honeſte uti potuit, ſi ſciens id fecit, non habiturum mandati actionem, ſi modo habuit facultatem rei conveniendi, deſiderandique ut ipſe potius ſuſciperet judicium, vel ſuo, vel Procuratorio nomine: Suo quidem nomine, ante litem Conteſtatam: Procuratorio autem poſtea.* Hactenus Faber.

2. At hæc profecto non eſt emendatio, ſed refictio, & nova Editio vel Compoſitio, quam in alienum opus exercere, nedum in ſacras Legum tabulas, grave & exemplo noxium videtur. Non nego tamen, ſententiam Fabri non eſſe alienam à vera Juriſprudentiâ, & ſi Auctor potius quam Interpres Juris eſſet, editio-

Digitized by Google

editionem ejus vulgatæ, id eſt, Florentinæ præferrem. Sed utendum eſt jure ſcripto, & boni conſulendum, quod ſenſum ferre poteſt tolerabilem; quem an heic invenire liceat, videndum: Faber enim negat. Ait, Juliano propoſitum fuiſſe, Regulam tradere generalem, quæ non in vulgatâ, ſed in ſua lectione reperiatur. Hoc quidem minus ſtringit, *οἱ καθόλου λόγοι κενώτεροι*, ait Ariſtoteles; Ex loco generis argumenta leviora ſunt. Satis eſt ſuo modo generalis doctrina Juliani, ut eſt expreſſa Florentiæ: etſi deeſt aliquid ſpeciale, quod omiſit, ut videbimus. Speciem facti demus oportet, verbis Ulpiani & Juliani, *ὡς κεῖται*, in hoc loco, accommodatam.

3. Primus debet Cajo centum, fidejuſſit Secundus, qui accepit inducias à Principe moratorias, vel ut Cujacius XI. *Obſ* 40. novas Tabulas, cum decoxiſſet. Primo quoque non ſolvente, Cajus Secundum, paulo jam meliore fortunæ conditione utentem convenit. Hic poterat uti beneficio induciarum novarumve tabularum, quod eſt ſane minus honeſtum: Verùm, tactus aculeo generoſitatis, illo noluit uti, habens in animo repetere quod ſolveret, à Primo, quem noverat, unde ſolvendo eſſet. Solutione factâ, Secundus repetit à primo pecuniam ſolutam, actione mandati. Hic ait, Tu non habes agendi cauſam; quia malè mihi conſuluiſti; nec enim ſolvere cogebaris, cum beneficio a Principe tibi conceſſo Creditorem rejicere potuiſſes. Replicat Secundus, Hoc nihil ad te, qui debuiſti verè quod pro te ſolvi. Nec à me petere potuiſti ut in tuam gratiam uterer beneficio, quod incommodo rerum mearum ſubactus, ab Indulgentia principis acceperam. Sic habemus exegeſin horum verborum; *Si fidejuſſor ex ſuâ perſonâ omiſerit exceptionem, ſiquidem minus honeſtam, habere eum Mandati actionem.* Nec in eo quicquam difficultatis aut iniquitatis, cum fidejuſſorem nulla ratio utendi exceptione minus decora, pro debitore, compulerit aut obligaverit.

4. Quid autem ſi honeſta fuit exceptio, quâ Fidejuſſor ſolus uti potuit, an, ſi hanc omiſerit, mandati actionem amittit? Ita videtur, ex his verbis, *ſi quidem minus honeſtam*, *ἐξ ἀντιδιαστολῆς*, Ac ita Græci. *Ἔχει τὴν περὶ ἐντολῆς ἀγωγὴν, εἴπερ οὐκ ἦν εὐπρεπὴς ἡ παραγραφὴ*, *Habet Mandati actionem, ſi exceptio non fuerit honeſta ſive decora.* Unde ſi fuerit honeſta, quid aliud quam ex adverſo colligetur? Et ratio ſuffragatur. Quid enim proferat, cur honeſtam exceptionem ſibi competentem omiſerit, in præjudicium debitoris principalis. Atqui hoc aliter conſtat ex eodem, quem hic habemus, Ulpiano. *Fidejuſſor, ſi ſolus tempore liberatus, tamen ſolverit creditori, recte mandati habebit actionem adverſus reum: quamquam enim jam liberatus ſolvit, tamen fidem implevit, & debitorem liberavit: ſi igitur paratus ſit defendere reum adverſus creditorem: æquiſſimum eſt, mandati judicio eum, quod ſolvit, reciperare, & ita Juliano videtur. l.* 29. §. *ult. Mandati.* qui locus æquè è Juliano deſumptus, magis huic nobis propoſitum arguit textum. Nulla hic inter honeſtam & inhoneſtam exceptionem diſtinctio; ſed fidejuſſor etiam honeſtam exceptionem, qualis eſt præſcriptio temporis, ſibi ſoli competentem omittens, actionem Mandati nihilominus habet ſalvam. Accurſius ut pareat huic objectioni, in hac *l.* 10. §. 12. ſubintelligit voculam *maxime*; hoc modo; *Si fidejuſſor ex ſuâ perſonâ omiſerit exceptionem*, maxime, *ſi-*

quidem

quidem minus honeſtam, ſed hoc eſt duriuſculum vel potius intruſum. Malo Cujacii reſponſionem amplecti, ex argum. *l. pen. ad SC. Vellej.* ubi Paulus; *Si mulier*, inquit, *quod ex intercesſione ſolvit, nolit repetere, ſed mandati agere, & cavere velit de indemnitate reo, audienda eſt.* Unde ſic videtur habendum; Quando minus honeſta eſt exceptio, quæ ſoli competit fidejuſſori, ſi illam opponere noluit Creditori, actionem Mandati tamen ſimpliciter inſtituere poteſt, ad repetendum, quod ex cauſâ fidejuſſionis ſolvit. Quod ſi honeſta fuerit exceptio, ut eſt Vellejani Senatus-Conſulti, eâque noluerit uti, tunc aliter actionem Mandati non habebit adverſus debitorem, quam ſi cautionem præſtet, ſe redditurum vel reddituram, quod acceperit à debitore, ſi deinde per Condictionem indebiti repetierit à Creditore, quod tutus exceptione ſolvit, ut hoc repetere poſſet *l. 40. d. Condict. indeb.* Hanc limitationem, quæ ſpecialis eſt, non expreſſit Ulpianus, ſeu Julianus in hac *l.* 10. §. 12. quia tantum generaliter loquitur.

4. Hæc ita de caſu primo, ſi non uſus ſit exceptione ſibi ſoli competente. Sequitur caſus, quo fidejuſſor omiſit exceptionem, quâ debitor etiam uti potuiſſet. Hunc etiam ut priorem, *ſi minus honeſta ſit exceptio*, intelligi oportet: qualis fuerit, quæ ex apicibus Juris captata ſit, quod bonæ fidei non convenit, ut ſcriptum eſt *in l.* 29. §. 4. *h. t.* Circa ejusmodi exceptionem Fidejuſſoris officium fuit, adire debitorem, & dicere, Cajus à me petit centum, quos tu illi debes, & pro quibus ego ſpopondi. Scio, me poſſe ſolutionem eludere tali & tali exceptione, quæ ſummo jure nobis æque tibi ac mihi competit: ſed mihi videtur ſummum jus ſumma injuria. Tu ſi velis uti illa exceptione, fac ipſe judicium ſuſcipias, vel per Procuratorem. Si hoc neglexerit Fidejuſſor, & ſuo arbitratu dein omiſerit exceptionem, quâ debitor ipſe poterat uti, creavit illi præjudicium. & ſic merito non habebit actionem Mandati. Quæ tamen ipſi negari non poteſt, ſi copiam debitori commonefaciendi non habuerit. Spero ita nihil imperfectionis aut abſurditatis eſſe in hoc textu, ſicut editus eſt à Florentinis & agnitus à Baſilicis: Et carere licebit emendatione vel novâ Lectione Fabrianâ, quæ nimis enormi προσθέσει καὶ ἀλλοιώσει, *mutatione & additione* laborat.

Ulpianus Lib. VII. Diſputationum.

Quædam tamen etſi ſciens omittat fidejuſſor, caret fraude. Utputa, ſi exceptionem procuratoriam omiſit, ſive ſciens, ſive ignarus. De bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus juris diſputare: ſed de hoc tantum, debitor fuerit, necne. L. 29. §. 4. Mandati.

1. Hic locus ſuperiori cohærens, etſi nonnullis inſtituti noſtri interjectis, cum eo conjungendus fuit. Quod enim de exceptione minus honeſtâ dictum in *lege præcedente*, non alio promptius exemplo, quàm ex hoc textu illuſtrari ſolet & poteſt. Proinde ſic volunt, ac ita Ulpianus hic indicat: Exceptionem Procuratoriam eſſe minus honeſtam, eſſe de apicibus Juris, non convenire cum bonâ

bonâ fide. Quid igitur continet exceptio Procuratoria? Actori actionem inſtituenti per Procuratorem, quem legibus dare non licet, (ut quia fœmina, miles, Reipubl. cauſâ abfuturus, Magiſtratum initurus, potentiâ præcellens eſt, vel mandatum in formâ probante non habet,) licet opponere exceptionem dilatoriam, quod Procurator non ſit verus, vel non ſit jure datus, ut in *Prælect. ad Tit. de Procurat. & in poſit. n.* 10. demonſtravimus. Hanc ſi fidejuſſor opponere neglexerit, & directè ſe condemnari paſſus ſit, an Reus Principalis, quem actione Mandati convenit, idcirco illi negare poſſit reſtitutionem ſoluti, quod in gratiam ſuam uti noluerit remedio jure civili prodito, quæritur. Et negat Ulpianus, *eo, quod bonæ fidei non conveniat, de apicibus Juris diſputare.* Mira & inſolens ratio. Quorſum igitur apices illi à legibus inſtituti & approbati ſunt? An hæc eſt Eunomia, dictare formulas exceptionum, quibus per bonam fidem uti non liceat? Quid eſt igitur, quod Exceptio nihil aliud eſſe dicitur, quam Actionis ſummo jure competentis *ob æquitatem* excluſio *pr. Inſt. de Except. l.* 2. *D. eod.*? Quænam Æquitas, quæ illa Juris auctoritas eſt, quam ſalvâ bonæ fidei teſſera exercere non liceat? An igitur bonæ fidei convenit, apices juris, id eſt, remedia non quidem peremptoria, vel rem ipſam ferientia, ſed dilatoria, legitima tamen, omittere in cauſa aliena, cum illis propoſitis, reo principali prodeſſe potuiſſes, ſaltem differendo ſolutionem, in quo ſæpe non parum, impeditis & difficultate nummaria coarctatis hominibus commodi ſitum eſt, ut Italico notum eſt proverbio; *Qui ha tempo, ha vita*? Quin hoc potius in fraudem rei principalis à ſciente, ut hic ponitur, omiſſum intelligi debet, cui non immerito hac gratia competat exceptio doli. Denique, non poteſt non aſperum durumque videri, quod Exceptiones Procuratoriæ ſimileſque, bonæ fidei convenire negantur. Late patet hujus argumentum rei; & exemplo Procuratoriæ exceptionis, verendum eſt, ne pleraque dilatoria Juris remedia, de apicibus juris & bonæ fidei repugnantia exiſtimentur. Præſertim; quia JurisConſultus addit ἐπίχαρτον, magnæ ἀναθεώρητως, non convenire bonæ fidei, de apicibus juris diſputare; *ſed de hoc tantum; debitor fuerit, nec ne.* Unde ſic inſtituendum videtur, ſola remedia, quibus aliquis ſe non debere contendit, juſtam contradictionis in judicio cauſam præbere; dilatorias exceptiones quaſi Tenedica ſecuri præcidendas, ſolis rabulis & χρισοφύγετα quærentibus eſſe relinquendas. Quid vero tum fiat de Juriſprudentia, quæ plena eſt apicibus & ſubtilitatibus.

2. Cogitandum eſt de reſponſione ſana & recta, ut Eunomiæ conſulatur. Hæc autem mihi duplex in mentem venit. Prior ſit hæc; Videri dividendum eſſe Fidejuſſoris officium, qui convenitur, ut pro debitore Principali ſolvat, ab eo, quod cuilibet patrifamilias in propria cauſa licet. Fidejuſſor videt & agnoſcit, cauſam debiti eſſe liquidam & ſe poſſe directe conveniri. Nec enim habet beneficium ordinis, quod in Pandectis eſt incognitum, Novella demum IV. introductum: Videt tamen aliquid exceptionis dilatoriæ, qua ſolutionem aliquantiſper ſufflaminare queat; ſed in exitu, ſolvendum eſſe cognovit, & exceptionem, ut moram temporis, ita ſumptus augere cogitat. Eſt vir bonus & rectus, à curvis ἀμφιλογίαις alienus; ſolvit, quod ſolvendum tardius, ocyus eſſe videt. Solu-

tum repetit à debitore principali. Hic, ſe debere, non poteſt negare; ſed dicit fidejuſſori, Tu nimis rotunde & promptè ſolviſti; poteras effugia quærere & ſuſtinere Creditorem; nam is per imprudentiam ſuam juſtum dederat prætextum; non dando Procuratori ſuo mandatum in ſcriptis ſufficiens; vel dando militem, fœminam, potentiorem, qui per leges dari non poterant. Si per exceptionem hæc ei præſcripſiſſes, non tenerer adhuc ad ſolvendum. Interim aliquid fieri poterat, mihi pecunia veniſſet alicunde; Creditor mori potuiſſet; heres procul aberat; vel etiam creditor ſine herede mori potuit; tabulæ novæ publicatæ fuiſſent; vel ſimile quid, unde mihi debitum lucrari licuiſſet, evenire poterat. Hanc ſpem mihi per Te intercipi non oportuit. Sed an non juſta Fidejuſſoris adverſus debitorem replicatio foret? Pudeat te, id genus apices mihi objicere? Quæro, an debeas vel non; Si debes, redde quod ſolvi pro te; ſi non debes, hoc demum animadvertas: ſed cum debitum agnoſcas, eoque per me ſis liberatus, quid æquius, quam ut ſolvas? Candorem meum laudare debuiſti, quod jus verum Creditoris, exceptionibus ipſam rem non ferientibus eludere nolui. Planè ab hoc latere, nihil eſt cauſæ, cur debitor ſolutum reddere non debeat, ad cujus ſolutionem ſe peremptorie obligatum fuiſſe fatetur. Adverſus fidejuſſorem ſane, qui pro ipſo bona fide ſolvit, quod verè debebat, ejusmodi inſtantias extremâ iniquitate urgeret, eſſetque vere illud ipſum, diſputare de apicibus juris. Idque à Senatu Burdigalenſi judicatum eſſe *d. 22. Jul.* 1577. teſtis eſt Autumnus ad *l. 52. h. t.*

3. Exploremus & alteram reſpondendi viam. Non opus eſt, ut tametſi Fidejuſſorem negemus amittere actionem, quia non uſus eſt exceptione Procuratoriâ, idcirco hanc in univerſum bonæ fidei minus convenire, vel ad apices juris, quibus ſine vituperatione uti non liceat, eſſe referendam putemus. Sed diſtinctionem facile ferunt hujuſce verba textus: Utrum verè & realiter interſit rei, quod Procurator actoris non ſit jure datus, an ad differendum & eludendum unicè comparata ſit exceptio. Si enim cauſa ſit dubia, & procurator ſit ex potentioribus civitatis, qui τὸν ἥττω λόγον κρείττω ποιεῖν, *detriorem cauſam favore vel ambitu meliorem facere poſſit*; nemo reum conventum reprehendet, quod ejusmodi Procuratorem admittere nolit; Imo ne fidejuſſor quidem, ſiquidem ſciens, eum admiſit, in cauſâ, inquam, dubiâ, fraude carere videbitur. Idem erit, ſi Procuratori in rem ſuam, qui actionem multo minoris, quam in eâ ſit, redemerit, integrum debitum ſciens ſolverit, cum uti potuerit beneficio Conſtitutionis Anaſtaſianæ *in l. pen. C. Mandati.* Idemque erit dicendum, ſi Procurator, qui talem ſe geſſit, nullum habuerit mandatum, quo caſu judicium eſt ipſo jure nullum *l. 24. C. de Procurat.* & debitor iterum à Creditore conveniri poſſet. Verum enimverò ſi quis ideo Procuratorem quod non habeat mandatum in ſcriptis, vel ſcriptum quidem ſed non à Tabellione conſcriptum, aut aliquo ſolennitatis defectu laborans repellat, idque per exceptionem, parum abeſt, quin hæc ſit calumnia, ſaltem ex apicibus Juris eſt, quibus uti non admodum deceat eos, *quibus inter bonos bene agier* propoſitum eſt. Nec aliter in Foro exiſtimari ſolet, de his, qui adverſarios ſuos, exceptionibus ejusmodi Procuratoriis agitant & vexant, nec omnino facile utuntur iis,

Digitized by Google

aliter, quam in actionibus inimicitiæ cauſâ motis, vel qui omne ſuum præſidium, de cauſâ deſperantes, in calumniis & eluſionibus ponunt. Nec incredibile Pragmaticis dicam, ſi Exceptionem procuratoriam hic intelligendam eſſe dicam, ubi de Procuratore quidem dubitandi ratio nulla eſt in veritate, ſed ubi formæ Legali aliquid deeſt; cum aliter hodieque procuratoriam Exceptionem ſimpliciter dictam non accipiant vel exaudiant in noſtri fori periſtiliis, cordati cauſarum Patroni. Verum eſt, Leges non fruſtra, nec immerito formas illas præſcripſiſſe, quia unumquodque in ſuâ perfectione ab artificibus præſcribi ſolet & debet, nec eſt Ars ulla, quæ ſuis apicibus careat. Attamen omnia, quæ nonnihil inde recedunt, ſi modo ſubſtantia negotii conſtat, illico rejicienda & proterenda non ſunt nec inde quærenda continuo exceptionum materia. Denique, Præclarum in hoc textu, Advocatis & Procuratoribus cauſarum, ad patrocinium recte inſtituendum, exhibetur Præceptum: Male eos & peſſime conſulere, quod primam officii ſui partem, ſuſceptâ cauſâ, putant eſſe, videre, numqua detur exceptio ex apicibus juris, quâ intentionem actoris eludere & ſufflaminare poſſint. Non eſſe gravis cauſarum Patroni, ſubtilitates Juris ſcripti ad uſum rapere, in iiſque jactare ſuum acumen & calliditatem; ſed nihil quidem omittere, quod ad defenſionem juſtam & maſculam pertineat, ut ſtrenui eſt Advocati, ſic omnibus Juris apicibus ad eludendum & diſtrahendum uti, minimè ex officio Viri boni & Juſtitiæ ſacerdotis eſt. Judex forte non poteſt negare ſuum officium apices Juris urgenti; ſed non quicquid à Judice negari nequit, illico ad uſum à ſingulis trahi poteſt: ſcopus eludendi & vexandi adverſarium remedia juris in ſe licita facit improba & inhoneſta. Definit igitur hujus loci intellectus in ſanctiſſimam gravitatis & ſynceritatis juridicæ obſervationem.

Ulpianus Lib. xxxi. ad Edict. & Gajus Lib. 10. ad Edict. Provinc.

Idem Marcellus ſcribit: Si, ut poſt mortem ſibi monumentum fieret, quis mandavit: heres ejus poterit mandati agere. Illum verò, qui mandatum ſuſcepit; ſi ſua pecunia fecit, puto agere mandati, ſi non ita ei mandatum eſt, ut ſua pecunia faceret monumentum. Potuit enim agere etiam cum eo, qui mandavit, ut ſibi pecuniam daret, ad faciendum. Maxime ſi jam quædam ad faciendum paravit. Idem eſt, & ſi mandavi tibi, ut poſt mortem meam heredibus meis emeres fundum. L. 12. §. ult. & l. 13. Mandati.

1. Juſtinianus *in l. un. C. ut Act. ab Her. & contr. hered. incip.* refert à Veteribus non fuiſſe conceſſum, ut *ab heredibus, vel contra heredes inciperent actiones*, ſed illos *rapuiſſe contractus poſt mortem compoſitos.* Atqui in hoc textu uterque Juris-Conſultus ponit contractum in tempus poſt mortem exſtiturum, effectumque habiturum inter heredes, qui inter ipſos contrahentes non futurus eſſet obligatorius, aut uſum habiturus. Hanc difficultatem, cum alioqui de materiâ *h. §. ult.* collatâ cum *l. ult. inf. d. Solut* magna difficultas moveatur, de quâ noſtrum erit agere *ad d. l. ult.* hic prætcrire non licet. Quomodo enim Gajus & Ulpi-

Ulpianus docere poſſint, quod Juſtinianus demum fieri poſſe conſtituit, Eunomiâ ſalva, defficile dictu eſt.

2. Bachovius omnium primo ſibi hanc repugnantiam ab alio nemine motam, in mentem veniſſe commemorat, *ad Treutl. diſp.* 27. *vol.* 1. *th.* 7. *lit.* 6. Anton. Faber *ad hunc* §. meminit quidem *d. l. un.* ſed illam adducit, ut probet, hoc genus conventionum in Jure ſatis eſſe cognitum. *Neque verò novam eſt*, inquit, *ut actiones & ab heredibus incipiant & contra heredes.* Quomodo autem non ſit novum, quod Juſtinianum Romani juris ultimum conditorem habet Auctorem, explicare curæ non habet. Sed ita non tollitur, augetur potius Bachovii ſcrupulus; qui nihil invenit ad ſolvendam hanc difficultatem, quam fuiſſe exceptionem, in Mandato de monumento faciendo; ut Hotomannus 2. *amic. reſp.* 38. exiſtimat. Sed hoc refellitur verbis Gaji, *in l.* 13. quæ nos cum *l.* 12. §. *ult.* conjunximus, in qua generalis eſt poſitio de Mandato poſt mortem, quæ Bachovius ipſe ad monumenti ſtructuram, reſtringi poſſe diffidit: huc igitur inclinat, ut verba *poſt mortem meam*, adjecta videantur à Triboniano, ex *d. l. un.* Quam ſequutus conjecturam D. Wiſſembachius hanc *l.* 13. retulit inter emblemata Triboniani; ne alioqui dicendum ſit, Juſtinianum ſe falſò novi juris Auctorem laudaſſe, conſtitutione ſpeciali eâ de re publicata *in d. l. un.*

3. Verum enimvero ſecundum hanc rationem, innumero plura Pandectarum loca oporteret eſſe corrupta à Triboniano; quam rem ab oſoribus Fabri, ut eſt Bachovius & Wiſſembachius, nolim amplificari in Eunomiæ confuſionem. Quid enim ejuſdem Gaji reſponſo faciemus *l.* 29. §. 1. *h. t. Si ſervum eâ lege tibi tradidero, ut eum poſt mortem manumitteres, conſtitit obligatio*? Quid legi 137. §. *ult. d. V. O. Præterea ſciendum eſt: quòd dari ſtipulemur, non poſſe nos uni ex heredibus adquirere: ſed neceſſe eſſe, omnibus adquiri: at cum quid fieri ſtipulemur, etiam unius perſonam rectè comprehendi*? Bachovius ſtipulantis perſonam tacite comprehenſam intelligit, gratis & ex hypotheſi arceſſitum. Quid Ulpiano *in l.* 45. §. 2. *d. V. O. Si ita quis ſtipulatus ſit*, Poſt mortem meam filiæ meæ dari? *vel ita*, poſt mortem filiæ meæ mihi dari? *utiliter erit ſtipulatus. Sed primo caſu filiæ utilis actio competit, licèt heres ei non exiſtat.* Bachovius *utilem*, id eſt, impropriè dictam, ait obligationem naſci. Sed talis, ut apparet, utilis datur filiæ, ſi non fuerit heres: Ergo, ſi heres, directe valebit. Nam quod prius dictum eſt, *utiliter erit ſtipulatus*, non ad actionem utilem directæ oppoſitam ſed ad valorem utilitatis & efficaciæ, quæ propriè dictis actionibus ineſt, referendum.

4. Quid ergo nos ad abſurditatem? Non puto id egiſſe veteres, ut prohiberent ne quis ſuis heredibus conſuleret, aut per conventionem diſponeret, quid poſt mortem ſuam ab alio fieri, præſtari vellet: hoc enim æquiſſimum & juri Naturæ conſentaneum quare negaſſent? Sed improbaverunt, ut aliquis poſt *mortem ſuam dari SIBI ſtipularetur*, vel ut *aliquis poſt mortem ſuam ſibi daret* §. *poſt mortem* 12. *Inſt. de Inutil. ſtipul.* hoc enim paulo minus quam contradictorium putabant; ſicut eſt, ſi rem *ad literam* reputes. Quis enim mortuus det, vel quid mortuo detur? Poſteritas interpretatione laxiori, verborum imperfectioni ſuccurrendum putavit, quod Veteres magis ſtricti formulis & literis,

teris, adſpernati ſunt. Negaverunt igitur, obligationem in alicujus nomen ita *perplexè* conceptam, ut nonniſi poſt mortem *ſuam* adverſus ipſum valeret, eſſe rectam & validam: Non negarunt, Actionem poſſe fundari, quæ poſt mortem contrahentium haberet uſum atque effectum modò non conciperetur in nomen ſtipulantis, idque unicè in caſum quo ipſe non eſſet futurus *dd. ll.* Ne quidem igitur eò videtur confugiendum, quod Vinnius *d. §. 12. Inſt. de Inutil. ſtipul.* aliique monent; A regulâ, quod Actio, quæ non cœpit à defuncto vel contrà defunctum, non incipiat ab herede, vel in heredem, hanc eſſe exceptionem; ſi quis poſt mortem ſuam aliquid mandet fieri. Non eſt hic caſus de regulâ; Proinde nec Exceptio. Illuſtratur explicatio noſtra ex eo, quod regula vetus iſta pertinuit etiam ad Legata; nec enim poterat alicui poſt mortem ſuam vel heredis legari; Cum enim legatum ſit acquiſitio dominii, hæc in perſonam viventis concipi non poterat, in eum caſum, quo mortuus, id eſt, nullus eſſet futurus *§. poſt mortem 35. Inſt. de Legat.* ubi ratio novi juris hac parte. Ita nihil difficultatis videtur; nec cauſa Cenſuræ vel Emblematum, ut nobis quidem videtur.

Ulpianus Lib. xxxi. ad Edict.

Unde Papinianus quærit: ſi patronus prædium, quod emerat, pro quo pretii beſſem exſolverat, juſſerit liberto ſuo tradi, ut ille reſiduum pretii redderet, deinde reddito pretio, vendenti fundum patrono libertus conſenſerit: trientis pretium an libertus poſſit repetere. Et ait, ſi mandatum ſuſcepit initio libertus, non donatum accepit, contrario judicio poſſe eum pretium repetere, quod, deductis mercedibus, quas medio tempore percepit, ſupereſt. Quod ſi donationem patronus in libertum contulit, videri & poſtea libertum patrono donaſſe. L. 12. §. 8. Mandati.

1. Cenſura Bernardi Autumni: „ Ut corporis bonam habitudinem tumor imitatur ſæpe, ita gravis oratio ſæpe imperitis videtur ea, quæ turget & inflata eſt, cum aut novis aut priſcis verbis aut duriter aliunde tranſlatis, aut gravioribus, quam res poſtulat, aliquid dicitur. Ejuſmodi eſt ſpecies propoſita à Papiniano: quærit enim, an hæc verba, ſi patronus prædium pro quo pretii beſſem exſolverat, juſſerit liberto ſuo tradi, ut ille reſiduum pretii reddere, mandatum ſignificent, an donationem. Idem ſcribit, ſi deinde, reddito pretio, vendenti fundum patrono libertus conſenſerit, trientis pretium an poſſit libertus repetere, & quia quæſtionem non poteſt definire propter ambiguitatem, donationem patronum in libertum contuliſſet fingit, quod ex ſpecie propoſita colligi non poteſt, quia verius eſt mandatum eſſe. Deinde addit videri, poſtea libertum patrono donaſſe, ubi obſequium & reverentiam liberti donationem interpretatur, quamvis nec ignorans nec invitus quiſquam donet, ut ex reſcripto Imperatorum Carini & Numeriani intelligere licet *in L. 10. C. de Donationibus.* Imperium patroni potius quàm libera voluntas apparet liberti: quia velle non creditur, qui obſequitur imperio patris vel domini, ut ajt Ulpianus *in l. 4. D. de Regulis Juris.* At nemo ambigit obſequium à libe-

„ ris & libertis, parentibus, & patronis deberi. Non ergo cenſetur donaſſe pa-
„ trono, ſed juſſu reſiduum pretii ſolviſſe animo repetendi; ideo liberto com-
„ petit actio quod juſſu, ex *l.* 1. & *l.* 4. *D. Quod Juſſu.* & *l.* 6. §. *penultimo. D. Man-
„ dati. Id confirmant verba legis, ſi patronus juſſerit liberto ſuo tradi.*) aliam ergo
„ ſpeciem effingere debuit Papinianus, cui reſpondere poſſet definitio certa,
„ non ex propoſita quæſtione rem & verba ſummovere. Nam cum omnis ex
„ re atque verbis conſtet oratio, neque verba ſedem habere poſſunt, ſi rem
„ ſubtraxeris, neque res lumen, ſi verba ſemoveris, ut eleganter ait Tul-
„ lius *lib.* 3. *de Oratore.* Hæc ille. Initium & finis Cenſuræ ad ineptiam ver-
gunt. Quid enim in ſtylo & verbis hujus loci arguit Autumnus, quod turgidum & inflatum, quæ vitia à Papiniano ſunt alieniſſima, dici queat? Tum vero Triboniani manum potius argueret, quam facundiſſimum & terſiſſimum Papiniani & Ulpiani calamum. Sed ipſe nihil hic, quam ex rerum argumentis profert. De quibus etiam ſanè miratur Antonius Faber *Ration. in fin. h. t.* Ulpianum & Papinianum prætermiſiſſe conſiderationem hanc; in dubiæ voluntatis quæſtione, non eſſe capiendam præſumptionem ejusmodi ut patronus in libertum donationem contuliſſe videatur, eo quod odioſa ſit donationis præſumptio. Scilicet, ita Faber tamen diſtinctionem Papiniani probat; Aut patronus jubendo fundum, cujus pretii beſſem ſolverat, liberto tradi, fecit hoc animo donandi, quod ſolutum erat pretii, aut ſaltem mandandi, ut ſolveret trientem reliquum. Si fecerit hoc animo donandi, non negat Faber, inde præſumendum eſſe, quod etiam vice ſua libertus reliquum pretii patrono donaſſe videatur. Sed ita exiſtimat, in dubio non eſſe ſtatuendum, quod patronus jubendo fundum tradi liberto, partem pretii ſolutam illi donatam voluerit, ideoque alteram præſumptionem inde tam facile non fuiſſe deducendam. Sed Autumnus, nec in primâ ſpecie, id actum videri, ut donaretur, nec omnino eâ de re fuiſſe ambigendum; nec ſi maximè in illa hypotheſi donatio ſtatuatur, in ſequenti facto liberti eſſe dationem potius quàm obſequium.

2. Reſponſio ad hanc Cenſuram eſt; In primo facto, per quod patronus, qui fundi empti pretium pro beſſe ſolverat eundem liberto tradi juſſerat, addito, ut is reliquum trientem ſolveret; magnam eſſe veriſimilitudinem, id quod ſolutum erat pretii, fuiſſe donatum. Nam tradendi vox ſimpliciter poſita dominii tranſlationem ſignificat, ut pluribus exemplis probat Briſſonius in verbo *Tradere.* Et qui alienat, ſive dat conſulto, donare videtur *l.* 53. *d. R. J.* maxime inter perſonas affectu & neceſſitudine conjunctas, ut ſunt Patronus & libertus, quemadmodum Accurſius pluribus exemplis in *Gloſsâ ad hunc locum* inducit ad probandum. Saltem ut inquirendum eſſet, an donandi animus adfuiſſet, juſtam Papiniano cauſam in hac ſpecie, abſque præjudicio in negativam, fuiſſe datam, non poteſt dubitari; nec ideo ob illam probabilitatem ſine ratione regulam de præſumptione contra donationem omiſiſſe videtur. Non ait, donationem præſumi ſed inquirendum eſſe, quo animo juſſus ille tradendi fundum liberto, ſit factus. Jam vero, ſuppoſitâ diſtinctione ſuper animo donandi, & facultate probandi, quod patronus donaſſet, quid proclivius erat, quam libertum poſtea permittentem domino Venditionem ejuſdem fundi, ſine pro-

teſtat

teſtatione de triente pretii ab ſe reddito, recipiendo, voluiſſe remunerari Patronum? ut hic ſaltem effectus ſit obligationis Naturalis, qua donatarius ad mutuam donationem teneri dicitur *in l.* 25. §. 11. *d. Hered. petit.* quæ multo validius operari debet in liberto erga patronum, cui ſe ipſum & pretium libertatis inæſtimabile debet; maxime poſtquam à patrono in hoc ipſo negotio tam liberaliter habitus fuerat. Si quis tamen in dubio Mandatum in Prima ſpecie magis eſſe præſumendum, & propterea donationem in altera parte hujus exempli minus eſſe præſumendam putet, ut in hujusmodi rebus dialecticæ poſitiones ſtabiliri non poſſunt; Cenſuræ tamen argumenti minimè ſatis eſt, quia nec Ulpianus & Papinianus illam præſumptionem adfirmant, & res ſatis eſt dubia, hactenus ut tanquam dubiæ probationis experimento, quod heic faciunt Juriſconſulti, committenda fuerit.

Ulpianus Lib. xxxı. ad Edictum.

Si quis mihi mandaverit in meo aliquid facere, & fecero: quæſitum eſt, an ſit mandati actio. Et ait Celſus libro ſeptimo Digeſtorum, hoc reſpondiſſe ſe, cum Aurelius Quietus hoſpiti ſuo medico mandaſſe diceretur, ut in hortis ejus, quos Ravennæ habebat, in quos omnibus annis ſecedere ſolebat, ſphæriſterium, & hypocauſta, & quædam ipſius valetudini apta, ſua impenſa faceret. Deducto igitur, quanto ſua ædificia pretioſiora feciſſet, quod amplius impendiſſet, poſſe eum mandati judicio perſequi. ***L.*** **16.** ***Mandati.***

1. Cenſura Autumni; Lex, *ſi quis*, eſt inutilis, *ait*, quia incertum eſt, hæc verba, *ſuâ impenſâ*, an referantur ad mandantem, vel ad eum, qui mandatum ſuſcepit: Potuit enim mandans hanc gratiam petere ab amico, & tum magis eſt conſilium. Ulpianus igitur interpretationem facit incertam, quia non refert, quibus verbis mandatum conceptum ſit. His conſequens eſt, quod ſcribit Julianus in *l. ſi pupilli* 6. §. *ſi quis D. Negot. geſt.* Si quis ita ſimpliciter verſatus eſt, ut ſuum negotium in ſuis bonis, quaſi meum geſſerit, nulla ex utroque latere naſcitur actio, quia nec fides bona hoc patiatur: Hactenus ille. Sed hæc Cenſura, utcunque laudata Groenewegio, merè cavillatoria eſt. Quis enim dubitet, cum quis medico mandat, ut in hortis *ejus*, diætam *ſuâ* impenſa in uſum valetudinis ſuæ fieri curet, vocabulum *ſuâ* reſpicere ad mandantem, non ad mandatarium? Etſi enim in curſu orationis vox, *ſua*, latinè ad cum cujus ſunt horti, non male referri poſſet, natura tamen negotii, & oppoſitio vocis *Ejus* nullam recipit civilem dubitandi cauſam. Quid autem ſibi vult Accurſius gloſſator, cum ſphæriſterium explicat *hic*, per *locum herbis amænum*? Et hypocauſtum, dicit eſſe compoſitum *ex hypo*, id eſt, *ſub*, & *ſteron*, id eſt *ſtatio*, ut hypocauſtum ſit *ſubterranea ſtatio*, *æſtate bona:* Sic enim loquitur; Riſum teneatis amici. Vide, ſi quis forte non intelligat has voces, Gotofredum *in notis ad hanc l.* Videtur autem Accurſius legiſſe *hypoſterium*; quia reſolvit compoſitum in ſimplicia *hypò*, & *ſteron*. Cæterùm Autumnus ex voce, *ſua*, educens hanc regulam; *Qui in ſuo man-*

Digitized by Google

ad id, quod in nullo contractu præſtatur aut exigitur, ſit obligatus: ut de omni caſu fortuito, qui ipſum divinitus, aut à malis hominibus in exequendo negotio, adfligere poſſet, teneatur. Caſus & fortuna regnant in rebus humanis. Suum quilibet infortunium æquo animo ferre debet. Nec ſi cui in rebus occupato meis certâ mercede vel amicitiæ causâ, valetudo vel caſus gravior, doloris aut detrimenti cauſam nec opinatam dederit: nec mos, nec ratio, nec æquitas me ad eventum Θεῦ βίας, vis aut maioris obligat calamitatis, à Deo vel malis hominibus, ut repelli nequeant, immiſſæ. Ubicunque ſimus, quicquid agamus, ſubjecti ſumus caſibus & fato, terrâ marique, rebus in licitis aut illicitis verſantes, naufragia, latrocinia, morbi nos apprehendere poſſunt. Horum reparationes aliis imputare, ignoſcere fato & ſibi, non eſt hominis æquo animo fortuita ferentis. Secundum hæc; *Caſus, mortes, fugæ ſervorum, quæ ſine culpa accidunt, rapinæ, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus prædonum à nullo præſtantur*, ait Ulpianus in *l.* 23. *d. R. I.* de cunctis ſcilicet, contractibus. Idemque de Locatione conductione eſt in *l.* 25. §. *Vis major* 6. & *l.* 36. *Locati. De Commodato* idem *l.* 5. §. *Quod vero* 4. *Commodati. Quod verò ſenectute contigit, vel vi latronum ereptum eſt, aut quid ſimile accidit, dicendum eſt, nihil eorum eſſe imputandum ei, qui commodatum accepit: niſi aliqua culpa interveniat. Proinde & ſi incendio, vel ruina aliquid contigit, vel aliquid damnum fatale, non tenebitur. Niſi forte, cum poſſit res commodatas ſalvas facere, ſuas prætulit.* Imo de ipsâ Societate eodem modo ſervandum eſſe ſentit & docet Pomponius *in l.* 60. §. 1. *Pro ſoc. Socius cum reſiſteret communibus ſervis venalibus ad fugam erumpentibus, vulneratus eſt. Impenſam quam in curando ſe fecerit, non conſecuturum pro Socio actione, Labeo ait.* Etſi mox in *l.* 61. Juliani ſententia in diverſum prævaluiſſe videtur.

3. Sit igitur aliud juris in Societate, ſecundum objectam *l* 52. §. 4. non modo propter jus fraternitatis, quod eſt inter ſocios, ut ait Accurſius ex *l.* 63. *in pr. Pro ſoc.* ſed etiam quod inter ſocios omnia lucra & damna ſunt communia, niſi quæ damna per culpam ejus cui evenerunt, arceſſita ſunt, idque non modò in ſocietate univerſali *l.* 73. § 1. *Pro ſoc.* ſed etiam in particulari: Id enim inter partes actum eſſe apparet ex *d l.* 52. §. 4. & diſcrimen ſocietatis ab aliis exprimit *d. l.* 25 §. 6. *Locati. Vis major, quam Græci Θεῦ βίαν, id eſt, vim divinam, appellant, non debet conductori damnoſa eſſe, ſi plus, quàm tolerabile eſt, læſi fuerint fructus. Alioquin modicum damnum æquo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur Apparet autem, de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit. Alioquin partiarius colonus, quaſi ſocietatis jure, & damnum & lucrum cum domino fundi partitur.* Omnibus expenſis, in eo quod ab initio ex Accurſio poſuimus, haud immerito acquieſcere licet. Etſi defendi poteſt jus & æquitas hujus loci, quod Mandatarius damnum è caſibus fortuitis ſibi illatum repetere non poſſit, magis eſſe tamen, ut de *Curialitate* ſervandum non ſit; hoc eſt, ex civilitate, humanitate, generoſitate. Laudandus ſit Mandator, qui amicum occaſione ſui negotii fideliter adminiſtrati adflictum, non modo ſoletur ob dolorem, ſed etiam levet damno, & reſtituat impenſas ultro, ad quas rigor, aut tenor juris publici illum non obligabat. Ita lex abſoluta eſt. Nec puto cauſam exiſtimandi eſſe, quod uſus fori à jure ſcripto hac parte diſſentiat, etſi aliter Groe-

 neve-

Digitized by Google

newegius *hic*. Secundum Jus hujus loci cenſuiſſe Collegium Bononienſe, in cauſa Johannis Andreæ Doctoris Canonici refert ipſe Autumnus Cenſor *ad h. l.* cum ille ab Ægidio Cardinali & Republ. Bononienſi miſſus eſſet Avenionem, ad Pontificem Maximum ibi tum ſedem habentem, cum in reditu non procul à Ticino in prædones incidiſſet & ſpoliatus eſſet, idque damnum à Mandatoribus ſuis repeteret; Judicatum eſt contra Johannem.

Ulpianus Lib. VII. Diſputation.

In omnibus autem viſionibus, quæ propoſitæ ſunt, ubi creditor vel non numeratam pecuniam accipit, vel numeratam iterum accepit, repetitio contra eum competit: niſi ex condemnatione fuerit ei pecunia ſoluta. Tunc enim, propter auctoritatem rei judicatæ, repetitio quidem ceſſat: ipſe autem ſtellionatus crimine, propter ſuam calliditatem, plectetur. l. 29. §. 5. Mand.

1. Antonius Faber: *Hujus §. verba certè omnia Tribonianum magis redolent, quàm Ulpianum.* Prima ratio eſt, à vocabulo *viſionis*, quod ſit Tribonianæum. Sed hoc jam aliter vindicatum eſt ad *l. 25. §. Adeo autem d. Hered. petit.* Ratio altera Fabri; Quod hic traditur, ait, jam fuit inculcatum in hac ipsâ *L. §. hoc idem*; Tam otioſa repetitio non ſit ab Ulpiano. Sed conferantur textus, diverſa reperientur argumenta. Ibi quæritur, an fidejuſſor, qui ſolvit creditori, debitore non certiorato, mandati adverſus hunc agere poſſit; quod negatur, ſi debitor interea creditori quoque ſolverit, ſalvâ ei ceſſione condictionis indebiti, contra creditorem, qui bis accepit pecuniam: quod obiter adjicitur. Hoc §. tractatus ſpecierum diverſarum clauſulâ generali obſignatur; Teneri quidem Indebiti condictione creditorem; & adduntur limitationes notabiles, minime otioſæ repetitiones, ut Faber: quæ videantur *in textu*. Poſtremo dicit, omiſſum eſſe, quod omitti non debuerat, cui, ſcilicet, indebiti condictio competat. Credo, ſi hoc adjectum eſſet, diceret Faber, ineptum eſſe hoc adjicere, de quo nemo dubitaret, dare condictionem ei, qui ſolviſſet. Adeo nihil iniqui, Cenſura quod non detorqueat, oculos effugit. Criſis Haloandrina, quâ in *fine hujus* §. Legit *Calvitatem*, quaſi ad corrigendum quod in Florentino mendoſum ſit, non meretur, ut ſubſiſtamus; cum nihil *calliditate* vulgatæ lectionis ſit planius & rectius.

Africanus Lib. VIII. Quæſtionum.

Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum à debitoribus ejus pecuniam exegiſſet, epiſtulam ad eum emiſit: quâ ſignificaret: certam ſummam ex adminiſtratione apud ſe eſſe: eamque creditam ſibi, ſe debiturum cum uſuris ſemiſſibus. Quæſitum eſt: an, ex ea cauſa, credita pecunia peti poſſit: & an uſuræ peti poſſint. Reſpondit: non eſſe creditam. Alioquin dicendum, ex omni contractu, nuda pactione pecuniam creditam fieri poſſe. Nec huic ſimile eſſe: quod, ſi pecuniam apud te depoſitam, conve-

venerit, ut creditam habeas, credita fiat: quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt. Item, quòd ſi à debitore meo juſſero, te accipere pecuniam, credita fiat: id enim benignè receptum eſt. His argumentum eſſe: eum qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dediſſet: nihilo magis pecuniam creditam rectè petiturum: & tamen pecuniam ex argento redactam, periculo ejus fore, qui accepiſſet argentum. Et in propoſito igitur dicendum, actione mandati obligatum fore procuratorem: ut, quamvis ipſius periculo nummi fuerint, tamen uſuras, de quibus convenerit, præſtare debeat. L. 34 Mandati.

1. Cenſura hujus loci eſt, quod Africanus nimiâ & incivili ſubtilitate, contra æquitatem & utilitatem publicam, niti videtur. Procurator meas pecunias a meis debitoribus exactas per chirographum habere ſe fatetur, eaſque jure crediti penes ſe fore, ſub uſuris ſemiſſibus, in quod ego conſenſi. Quæritur, an hæc pecunia, tanquam credita, peti poſſit, an verò nulla, niſi Mandati actio competat. Poſterius adfirmat, Creditum ſive Mutuum eſſe negat, Africanus: Quia Mutuum ſit, cum ex meo ſit tuum, & Re, id eſt, Traditione perficitur. Sed pecunia, quam procurator à meis debitoribus exegit, mihi non tradita, nunquam mea fuit, nec eſt tradita Mutui causâ. Similiter, Rogaſti me pecuniam Mutuo; Non habens nummos, lancem tibi argenteam dedi, quam venderes, & pecuniam inde redactam haberes mutuam: Vendidiſti & habes pecuniam. Sed & hanc eſſe creditam ſive Mutuam, negat Africanus, quia pecunia ex lance meâ redacta non fuit mea, nec tibi à me tradita, quod in Mutuo requiritur. Attamen fatetur eſſe Mutuum in hac ſpecie quæ ſequitur: Petis à me pecuniam mutuo; non habens pecuniam mitto te ad debitorem meum, ut is tibi meo nomine det, eamque pecuniam tu ut mutuam retineas. Cum in hoc facto, perſona tertia interveniat, ac ita major ſit circuitus (Nam pecunia primo fingi debet à debitore meo ad me perveniſſe, dein à me tibi eſſe tradita, quæ fictio brevis manus dicitur) quid vetat eandem fictionem habere locum in prioribus exemplis? Conſequentiam iſtam adfirmat Ulpianus in *l. 15 d. Reb. Cred.* Quod *in duabus*, inquit, *perſonis recipitur, hoc & in eâdem perſonâ recipiendum eſt, ut cum ex causâ Mandati pecuniam mihi debeas, & convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, & à me ad te profecta.* Præſertim, quia ratio Africani ceſſat æque in hoc exemplo duarum perſonarum, quam in reliquis ejuſdem intervenientis perſonæ; quod ſcilicet pecunia, non fuerit in dominio creditoris. Communis Interpretum ſchola & uſus Fori præfert Ulpiani ſententiam, ut æquiorem & utiliorem; reſpuit autem Africani ſubtilitatem & rigorem theoreticum atque incivilem.

2. Si quis tamen Africano patrocinari velit, huic ratio non defuerit. Non eſt in poteſtate JurisConſultorum, mutare Principia Juris & inflectere ad uſum popularem, ſed hunc regere ſecundum principia Juris oportet. Mutuum eſt Contractus realis, Solâ conventione non perficitur: hac regulâ ſtandum eſt, quamdiu non probatur exceptio. Datur ejusmodi caſus ſingularis, uſu fori exceptus in *Adſignatione*, quam vocant, debitoris noſtri, à qua pecuniam amicus acceptam habeat creditam. Exceptio confirmat regulam in caſibus non exceptis; nec eſt ſingulorum in arbitrio JurisConſultorum, novos comminiſci caſus,

Digitized by Google

quibus Mutuum ſola conventione perficiatur. Id enim ſi concedatur, futurum eſt brevi, ut Mutuum fiat contractus, tam conventionalis quam realis, ac ita *σύγχυσις* terminorum Artis fiet. Fictio brevis manus, quæ diverſæ ſententiæ obtenditur, non poteſt hic applicari, quia facultas ad fictionem illam neceſſaria deficit. Supponit enim illa dominium in eo, qui rem tradidiſſe fingitur, ut ex inductione caſuum illius fictionis liquet, & omnium naturâ fictionum; quæ eſt hæc, ut id quod fingitur eſſe factum, fieri potuerit. Atqui, ut is qui non eſt dominus, tradendo dominium in alium tranſtulerit, fieri non potuit, imò contradictionem implicat. Ejuſmodi autem fictiones non ſunt juridicæ, ut in *Prælect. ad tit ff. de Probat. & Præſumpt. ſub fin.* demonſtravimus. Ego non fui dominus pecuniæ, quam Procurator meus ab aliis exigit & mihi nunquam tradidit; neque ſum dominus pecuniæ ex venditione rei meæ redactæ; quomodo igitur fingi poſſum traditione dominium in alium tranſtuliſſe? Porrò, quamvis Africanus Creditum, ſive Mutuum in hac ſpecie non eſſe contendat, aliâ tamen viâ non ceſſat exitum negotii naturæ & æquitati conſentaneum detegere & ſuppeditare, quem videre licet in Textu. Res igitur in eo deſinit, ut ratio neutrum fugiat JurisConſultum; Africani ſententia ſit Artis; Ulpianus, ad uſum accommodatior. Africanus dialecticâ Juris nitatur, Ulpianus utilitate populari præſtet. De Conciliatione non laboramus. Antinomias enim ab Eunomiâ noſtra ſeparavimus. Si credimus autem Cujacio 8. *Obſerv.* 8. Fabro *ad hunc* §. Wiſſembachio *ad tit. de Reb. Cred. n.* 8. & aliis, quibus etiam nos credere non diſſimulavimus in *Prælect. ad eund. tit. n.* 4. Conciliationis inter hanc *l.* 34. *& d l.* 15. exigua ſpes affulget, cum etiam contra ſe invicem Auctores ex profeſſo diputent, rationeſque ſuas mutuo refellant.

Ulpianus Lib. LXII. ad Edict.

Dolus eſt, ſi quis nolit perſequi quod perſequi poſſet: Aut ſi quis non exegerit, quod exigere ſolvere l. 24. *Mandati.*

1. Quis ſenſus; Si quis non exegerit, quod exigere, ſolvere? Faber legit, *aut ſolvere.* Apparet eſſe conciſam locutionem. Subintellecto exigere *poteſt*, *ἀπὸ κοινοῦ*; ſi quis non exegerit, ſolverit, quod exigere ſolvere poteſt. Nihil addamus cenſeo, intelligentibus.

Javolenus Lib. IX. ex Caſſio.

Fidejuſſorem, ſi, ſine adjectione bonitatis tritici, pro altero triticum ſpopondit; quodlibet triticum dando, reum liberare poſſe exiſtimo. A reo autem non aliud triticum repetere poterit, quam quo peſſimo tritico liberare ſe à ſtipulatore licuit. Itaque ſi paratus fuerit reus quod dando ipſe creditori liberari potuit, fidejuſſori dare, & fidejuſſor id, quod dederit, (id eſt melius triticum) condicet: exceptione eum doli mali ſummoveri, exiſtimo. l. 52. *Mandati.*

Cap-

Digitized by Google

1. Captatorium, nec ſatis bonæ fidei videtur hujus L. argumentum. Fidejuſſor pro debitore tritici in genere, coactus ſolvere, cum neceſſitate triticum dediſſet, egit Mandati contra debitorem, ut indemnem ſe præſtaret. Hic opponit: Tu [illegible] triticum pretii ſolvere potuiſſes. Quod plus quam pro peſſimo opus erat expendiſti, ego non reſtituam; quia peſſimum præſtando liberari potuiſſem; Non debuiſti conditionem meam facere deteriorem: Idque recte ab illo excipi, docet Javolenus. Quod diſplicet Autumno, diſplicet Groenewegio in *Cenſur. ad h. t.* Longe melius, æquius apparet, eum qui triticum debet, ſine adjectione bonitatis, ad mediocre dandum obligari, ut in *l.* 37. *in Pr. d. Legat.* 1. ſcriptum eſt, Legato generaliter relicto, veluti hominis, Gajus Caſſius ſcribit, id eſſe obſervandum, *ne optimus vel peſſimus accipiatur.* Idem eſt *in l.* 110. *eod. tit.* Sic etiam venditor, qui ſervum coquum vendidit, mediocrem cocum præſtando liberatur *l.* 18. §. *pen. d. Ædil. Ed.* His conſentaneum eſt, quod in *l. Titia.* 38. §. *Seja.* 2. *d. Aur. arg. leg.* Cum ſigno dei legato, dubium eſſet, ex auro, argento, an ære præſtandum foret, de Argento tanquam medio reſponſum eſt. Hæc forte non abhorreant à notâ, quam Mornacius *hic* applicat Javoleno, ex Plinio *lib.* 6. *Epiſt.* 15. Javolenum ab eruditis ſui temporis habitum eſſe dubiæ ſanitatis Juris Conſultum. Et ſane, cum fidejuſſor à debitore repelli non poſſit ideo, quod exceptione minus honeſtâ, vel de apicibus juris uſus non eſſet, ut vidimus ad *l.* 10. §. 12. *h. t.* hæc ratio, quod Creditori, cui frumentum, ſine expreſſa bonitate, non exquiſitè peſſimum dederit, pro captatoria, & minus honeſtâ merito habenda fuiſſe videtur.

2. Ant. Faber diſtinctione rem expediendam putat. Si debitum generale ſit ejuſmodi rerum, quæ in genere conſiſtunt, quale eſt triticum, vinum, oleum, ſolvi poteſt etiam quod viliſſimum eſt. Si vero generale debitum ſit ex iis rebus quæ in ſpecie conſiſtunt, ut homo, equus, aliter obtinere. Rationem reddit, quia vinum, oleum & ſimilia, non poſſunt eſſe tam nihili, ut non ſatius ſit habere, quam carere; quod in ſpeciebus aliter ſæpe ſe habeat. Sed hæc differentiæ ratio parum ſtringit Τὸ κρινόμενον, quod eſt; An genus in obligatione poſitum in dubio ad mediam qualitatem non ſit redigendum: Præter quod oleum, vinum, frumentum æque ad ſpeciem & corpora certa in ſolvendo, quam pecudes hominesque reducuntur: Et peſſimi natura non videtur eſſe melior in his quam in illis, quin oleum, vinum, triticum æquè poſſit eſſe tam pravum & putidum ut perinde nullius uſus ſit, quam bos aut equus. Dicendum potius, ſtatuendum eſſe diſcrimen inter ultimas voluntates, & Contractus. In his electio debitoris eſt, ut quod libet præſtet *l.* 32. *d. Condict. Indeb.* §. 33. *I. de Action. verb. Qui cauſâ plus petit &c.* Favorabilior enim eſt is, unde petitur, quam petitor *l.* 125. *d. R. J.* Et in dubio fit interpretatio adverſus eum, qui legem clarius dicere potuit, id eſt, Creditorem *l.* 39. *d. Pact.* Sed ultimæ voluntates plenioris interpretationis ſunt, ibique Teſtatoris voluntas inclinat in eum potius, cui rem præſtari juſſit, quam in eum, à quo aliquid præſtari voluit. Nec ejus liberalitas in ludibrium vertenda. ſecundum hanc differentiam, Javolenus hic à ſani ratione Juris Conſulti aberraſſe non videtur. Verum eſt tamen, in *objectâ l.* 18. §. *pen. d. Ædil. Ed.* agi de contractu emptionis venditionis. Et rurſus eſt ve-

 rum.

rum, temperandam indè hanc poſitionem, quod debitor generis, infimi pretii ſpeciem præſtando, liberetur, hoc modo; ſi illud infimum haud penitus aut pene ſit inutile; quod bona fides in contractu recipi non patitur. Unde rectè Buſius *ad h. l.* in ipſis Contractibus hanc rem ita temperandam cenſet, ut viliſſimum quod dicitur & quod datur, ne ſit corruptum, penitus aut pene ſit inutile, cum hoc viri boni arbitrio & æquitati minimè ſit conveniens. Proinde qui ſe coquum vendere dixit, non defungitur ſi exquiſite peſſimum, quem ſatius ſit, ne omnia perdat, non habere coquum, exhibuerit.

Papinianus Lib. III. Reſponſor.

Salarium incertæ pollicitationis neque extra ordinem rectè petitur, neque judicio mandati, ut ſalarium tibi conſtituat. L. 56. §. 3. Mandati.

1. Procurator, qui aliena negotia vel lites Mandatu domini geſſit, non poteſt petere ſalarium, niſi ſpecialiter & definitâ quantitate ſit promiſſum. Nam ſalarium incertæ pollicitationis, convenienter Papiniani ſententiæ in *hoc* loco, peti non poſſe, Diocletianus & Maximianus reſcripſerunt *in l. 17. C. h. t.* Quod adeo viſum eſt alienum à ratione & æquitate, ut uſus Fori & Interpretes, inde, ſine hæſitatione receſſerint, quod multâ auctoritate probat Groenewegius in *ad d. l.* 17. Adeo quidem, ut Procuratores litium ſalaria prorſus etiam non promiſſa non modo petant, ſed etiam prærogativâ perendi utantur, non egentes re judicatâ, ſive proceſſu judiciali, ut habet notiſſima judiciorum conſuetudo. Buſius noſter ad hanc *l.* 56. idcirco Juris civilis ſententiam mitigavit, & propius ad uſum ſeculi flectit, monens intelligendam eſſe hanc *l.* 56. §. 3. *& d. l.* 17. de caſu, *quo mandans ſimpliciter pollicitus eſt, ſe gratum fore. Cæterum, ſi ſerio*, inquit, *pro officio, aut operâ præſtita pollicitus ſit mandans, ſe daturum quod juſtum foret, ex hac conventione, uti innominata, præſcriptis verbis actionem eſſe docet.* Idque probat *l.* 22. *d. Præſcr. Verb.* ubi *Si tibi polienda, ſarciendave veſtimenta dederim: ſi quidem gratis hanc operam te ſuſcipiente, mandati eſt obligatio: ſi verò mercede data, aut conſtituta, locationis conductioniſque negotium geritur; Quòd ſi neque gratis hanc operam ſuſceperis, neque protinus aut data, aut conſtituta ſit merces, ſed eo animo negotium geſtum fuerit, ut poſtea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos ſtatutum ſit: placet, quaſi de novo negotio, in factum dandum eſſe judicium, id eſt præſcriptis verbis.* Sed hujus loci argumentum non videtur Buſius rectè Mandato cuilibet, in genere & hujus loci imprimis applicuiſſe; Loquitur enim de facto, quod locari ſolet, quod ſuâ naturâ mercedem recipit. Neque enim ex mandato, ſed è locatione conductione res ibi tranſit in actionem præſcriptis verbis. Cum hujus loci negotium ſit gratuitum, adeo reſpuens mercedem, ut ne quidem certæ pollicitationis & quantitatis, Mandati actione peti poſſit, ſed ex ſtipulatu vel extra ordinem *h. l.* 56. §. 3. *& l.* 1. *C. h. t.* Quæ proinde remedia de incerto ſalario non dantur; ſed opus eſſet actione mandati, ut ſalarium certum nova ſtipulatione conſtitueretur, quod fieri non poſſe docet hic Papinianus. Nec præſcriptis verbis actio

ex

ex *d. loco*, ut dictum, bene probaturr. Ejus argumentum requirit negotium, quod æquè ſubjectum locationis conductionis, quam Mandati eſſe queat, ut eſt facti ſpecies in *d. l.* 22. ubi termini habiles mercedis ſint in eâdem conventione, & ubi merces, inquam, peti poteſt ex uno eodemque contractu qui ex locatione in contractum innominatum transformatus eſt. Quid ergo? Divortium Legis & Uſus? ſubtilitas Theoretica incivilis & dura, quam merito ſeculum repudiat? Nihil horum, cenſeo; Leges agunt de Mandato amicitiæ cauſa ſuſcepto, non à Procuratoribus publicis ad lites adminiſtrandas conſtitutis; quibus etſi Jure Civili incognitis, ſecundum ejus rationem tamen ſalaria non promiſſa extra ordinem adjudicanda exiſtimo, per *l.* 1. §. 10. & 11. *d. Extraord. Cognit.* De cæteris hodieque nec aliter receptum puto, quam illis non deberi ſalaria, niſi ſpecialiter & definitè promiſſa. Quid enim? Amicus peregre te rogat, ut fit, quo res ejus hic loci cures. Promittit, non defuturum ſe gratitudinis officio, daturum ſe, quod æquum viſum fuerit. Re peracta, reddit honorem verborum, agere & habere ſe gratias profitetur. Tu vero, Mandati judicio convenire vis eum, quo incertam & vagam pollicitationem, bene certam efficiat & pecuniam præſtet, verbale convertat in reale complementum. Non potes, ut puto: Natura negotii, pudor amicitiæ reluctatur. Vel ſi Judices hodie dent actionem, ego Juris Civilis gravitatem, officiorumque & amicitiæ ſanctitatem præferre non dubito, & Cenſuram pragmaticorum facile ſuſtinebimus, quia ſalarii Petitio conſiſtere debet extra fines Mandati. Petere debere actione mandati ut ſalarium tibi conſtituat: tum poteſt hoc fieri per actionem, cujus natura verè ſit gratuita.

Paulus Lib. IV. Reſponſor.

Ille illi ſalutem. Mando tibi, ut Blæſio Severo, adfini meo octoginta credas, ſub pignore illo, & illo: in quam pecuniam, & quidquid uſurarum nomine acceſſerit, indemnem rationem tuam me eſſe, ex cauſa mandati, in eum diem, quoad vixerit Bleſius Severus, præſtaturum. ***Poſtea ſæpe conventus mandator, non reſpondit. Quæro, an morte debitoris liberatus ſit. Paulus reſpondit, mandati obligationem perpetuam eſſe: licet in mandato adjectum videatur, indemnem rationem tuam eſſe, ex cauſa mandati, in eum diem, quoad vixerit Blæſius Severus, præſtaturum.*** *l.* 59. §. 5. *Mandati.*

1. Iniquum eſſe judicat Autumnus, obligationem uſque ad diem certum conceptam, contra mentem Contrahentium, facere perpetuam, ut heic Paulus ſtatuit, eum qui pro Blæſio Severo adfine, ſpopondit indemnitatem in eum diem, quoad vixerit Blæſius Severus, etiam poſt mortem Blæſii adfinis teneri. Quod utique expreſſo conſenſui & bonæ fidei repugnare videtur: Ideoque laudat Cenſuram Autumni Groenewegius *ad. h.* §. Accurſius varias habet reſponſiones, quæ merentur commemorari; ſunt enim valde juridicæ conſiderationis Primo ait, Mandantem etiam poſt Blæſi mortem teneri, quia tempus non eſt modus finiendæ obligationis. Ideoque dari actionem quoque poſt mortem, ſed Credito-

ditorem exceptione repelli, juxta doctrinam Juſtiniani *n* §. At *ſi ita* 2. *I. de V. O. Decem aureos annuos, quoad vivam, dare ſpondes*; & pure *facta obligatio intelligitur, & perpetuatur, quia ad tempus non poteſt deberi: Sed heres petendo, pacti exceptione ſubmovebitur*, quod firmatur ex *l.* 44. §. 1. *verſ. Placet. d. O. & A.* Secundum hæc, Paulus de ſubtilitate juris antiqui, obligationem non niſi perpetuam agnoſcentis duntaxat; non de finali JurisCivilis ſententia & effectu rei, locutus fuerit. Verum non manet in hac interpretatione Accurſius: *Sed inhærens verborum tendiculis*, ait Autumnus, *mutavit ſententiam*; & recte, ut videtur, Accurſius ſine aucupio vel tendiculis verborum. Paulus enim de liberatione verâ & reali, non de ſubtilitate eluſoriâ quæſtionem proponit, ut *in* §. *præced.* Præſertim, quia Mandatum, de quo hic agitur, eſt ex judiciis bonæ fidei, quibus exceptiones ipſo jure inſunt *l.* 3. *d. Reſcind. Vend. l.* 21. *Solut. matrim.* Ideoque Juris Conſultus exceptionem, ſi illam ex adjectione temporis, locum habere putasſet, ſub hoc ipſo judicio complexus fuiſſet, nec idcirco Mandantem, ſi exceptione tutum credidiſſet, ad indemnitatem creditori præſtandam teneri ſcripſiſſet.

2. Secunda igitur Accurſii reſponſio eſt, Mandantem quoque poſt mortem teneri, quia mandator, vivente debitore, fuit in mora, per *l.* 14. §. 2. *d. Conſtit. pec* ubi, qui certam perſonam conſtituit eſſe fidejuſſurum, ſi in mora ſit, etiam poſt ejus mortem tenetur. Mandatorem autem hic fuiſſe in mora, patet ex verbis, *poſtea ſæpe conventus non reſpondit.* Cum etiam una interpellatio opportuno loco facta debitorem in mora conſtituat *l.* 32. *d. Uſur.* Cui accedit, quod mora obligationem rei etiam peremptæ perpetuat *l.* 23. *& ſequ. l.* 91. § *ſequitur &* §. *ult. d. V. O.* Sed Antonius Faber recte animadvertit, Paulum inde rationem non petere, quod mora commiſſa ſit ex poſt facto; ſed quod ipſa Mandati obligatio ita concepta fuerit, ut perpetua eſſet, in verbis, *Paulus reſpondit, Mandati obligationem perpetuam eſſe.* Præter, quod in mora fuiſſe mandatorem, ſuperſtite Blæſo, non eſt certum, quia verbum *poſtea*, non recuſat ad tempus poſt Blæſi mortem referri. Non placet igitur ſecunda Gloſſatoris reſponſio.

3. Tertio Accurſius. *Vel melius*, inquit, *Tenetur etiam poſt mortem, quia promiſit, ſe ſatisfacturum in vitâ debitoris*; *Unde quaſi ad diem promiſerit, tenebitur etiam poſt mortem h. l.* 59. §. 2. *ſecundum Azonem.* Sed hæc reſponſio magis adhuc à re videtur eſſe aliena; quorſum enim referemus verba, *quoad vixerit Blæſius Severus?* Non poſſunt, niſi ad uſuras referri. Ut Mandator ſe pro debito ſimpliciter obligaverit, ad uſuras autem, quoad viveret adfinis ſuus Blæſius. Et hæc Antonii Fabri eſt ſententia, cui nos quoque ſubſcribimus: Idem hoc acute animadvertit; Cum Mandator ſe in pecuniam & uſuras obligaverit, *quoad vixerit* debitor, nonniſi poſt mortem Blæſii conveniri poſſe. Quod ſi verum ſit, fieri non poſſet ut ejuſdem morte liberaretur. Unde neceſſarium dictu eſt, Mandatorem vivo jam Blæſo fuiſſe obligatum: Sed quia tamen res non patitur, ut limitatio expreſſa, *quoad viveret Blæſius*, otioſa videatur: dicendum eſt, Uſurarum obligationem cum vitâ adfinis, cui vellet conſultum, eſſe finiendam eoque verba, *quoad vixerit Blæſius*, unice referenda. Cæte-

Digitized by Google

terum, ultima textus verba ſatis languida nihil addentia novi, Fabro adjecta videntur ab imperito interprete. Sane, ſi Pauli ſint, meliori jure quam pleraque *D. Antonii Matthæi*, *diſp. fundam. x.* ad locum frigidarum, inertium & principia petentium *αἰτιολογιῶν* referri poſſe videntur. Magis tamen eſt ut à Paulo eſſe videantur. Nec omnino iners & otioſa videri debet clauſula, ſententiæ prius conciſe poſitæ complexionem fuſius & clarius exhibens, ut hæc ſe prodit.

Scævola Lib. 1. Reſponſor.

Ad eum, qui uxorem ducturus erat, litteras fecit tales: Titius Sejo Salutem. Semproniam pertinere ad animum meum cognoviſti. Ideoque cum ex voto meo nuptura tibi ſit: velim, certus ſis, ſecundum dignitatem tuam, contrahere te matrimonium. Et quamvis idoneè repromiſſuram tibi Titiam matrem puellæ dotem ſciam: tamen & ipſe, quò magis concilient animum tuum domui meæ, fidem meam interponere non dubito. Quare ſcias, quodcumque ab ea ex hac cauſa ſtipulatus fueris, id me mea fide juſſiſſe, ſalvum te habiturum. ***Atque ita Titia, quæ neque Titio mandaverat, neque ratum habuerat quod ſcripſerat, dotem Sejo promiſit. Quæro, ſi heres Titii ex cauſa mandati præſtiterit, an actione mandati heredem Titiæ convenire poteſt. Reſpondi, ſecundum ea, quæ proponuntur, non poſſe. Item quæſitum eſt, an nec negotiorum geſtorum. Reſpondi, nec hoc nomine Jure agere poſſe. Palam enim facere Titium; non tam Titiæ nomine, quàm, quod conſultum vellet, mandaſſe. Item, ſi maritus adverſus mandatorem ageret, an aliqua exceptione ſummoveatur? Reſpondi, nihil proponi, cur ſummovendus ſit. L. 60. §. 1. Mandati.***

1. Si *hunc* §. ob elegantiam verborum, ob quam Mornacius ſe ad illum ſcribere fatetur, à nobis hic collocari non debuit, Groenewegii Cenſura cauſam præbeat, qui hodie è caſu hic propoſito & ex ratione Juris Negotiorum geſtorum actionem dari non dubitat: Non quod aliter conſtitutum aut moribus ſpecialiter de hoc genere Negotii ſecus receptum ſit, verum per ea quæ ſcripſerit, ad *l. 1. C. de Negot. geſt.* ubi ſic ait; *hodie tantam eſſe omnium rerum caritatem, ut omnem fere donationis cauſam præcluſiſſe videatur*, in eamque rem plures citat, qui hac quidem de re non egerunt. Vult dicere, ſi Titius contra ſponſæ matrem Dotis promiſſæ ream agere non poſſit, oportet eum ex liberalitate animoque donandi emiſiſſe literas Mandati, quod minime ſit præſumendum. Sed nimia eſt arrogantia, quâ magiſtri Cenſores illi utuntur; Hæc ſane ratio eſt, qua pietas, affectio, ſtudium amicis, amicabus bene conſulendi tollatur, excludatur ex animis hominum *τῶν νῦν γενῶν*, ut ait Plato, nunc viventium; propterea quod omnium rerum magna caritas; Quid ſi nimia ſit vilitas omnium rerum? hæc ſæpe major, quam caritas, eſt cauſa paupertatis, ut noſtra compertum fuit memoria. Sed nugæ Cenſorum, an facetiæ. Titius in his literis efficaciter indicat, ſe novæ nuptæ Semproniæ ex animo bene velle. Sponſum jubet eſſe ſecurum de Dote promittenda, *ἐξ οἰκείας φύσεως*; *ultro & inſtinctu amoris* pro-

prio,

prio, cujusmodi affectiones ſi locum amplius in hujus ſeculi vita, propter rerum caritatem, non inveniunt, næ genus humanum Diis multo magis inviſum & execrabile, quam fuerit olim, factum oporteat. Saltem in his triginta, quibus magna fuit omnium rerum vilitas, annis, contrarium rurſus obtinuiſſe, Groenewegius, credo, fateretur. Adde quæ diximus *ad l.* 44. *d. Negot. geſt.* & ſecurus eſto de Cenſura, etiam cum Moribus hodiernis comparata: quod ad rationem quidem Groenewegii attinet.

2. Nam alioqui, non nego, cum Fidejuſſores non modo rogati, ſed etiam ultro alienam obligationem fide ſua eſſe jubentes habeant actionem, Negotiorum ſcilicet geſtorum *l.* 18. §. 1. *ff. Mand.* videri inexpectatum ex ipſa Juris Civilis ratione, quod in hac ſpecie non detur eadem actio Fidejuſſori. Cum enim Dotis dictio ſit proprium Titiæ matris ſponſæ negotium, ut ipſe Titius harum auctor literarum ſupponit, quod nec ipſe transfert in ſe, verum quod fide ſua eſſe jubet, quæ eſt ipſa fidejuſſionis formula §. 7. *Inſt. de Fidejuſſ.* non videtur æquum, ut jus fidejuſſionis tralatitium ipſi negetur, & heres Matris, quæ per ipſius ſolutionem, dotis obligatione liberata eſt, non teneatur ad reſtituendum, quod revera pro illa ſolvit. Reſponſionem ſuſtinet, pietas & teſtata palam affectio Scriptoris harum literarum, erga Semproniam Sponſam, cui quod conſultum vellet, non ut Titiæ matris nomine ſe obligaret, ad has literas ſcribendas adductus eſt. Quod igitur ſolvit, in eo pietati & affectui erga Semproniam obſecutus, non animum repetendi à Titia, induiſſe videtur: Hunc enim ſi habuiſſet, illam affectus eximii conteſtationem, nonniſi dicis gratia & per jactantiam præ ſe tuliſſe videretur: Quod de Viro bono & gravi nullo modo ſit præſumendum. Huc faciunt, quæ de negata, pietatis reſpectu, expenſarum repetitione commentati ſumus ad *d. l.* 44. *d. Negot. geſt.*

3. Poſtremo, Conciſa locutio *in h. l. Conſultum vellet*, ab Holoandro ſuppletur, *ſibi Conſultum*; melius, ni fallor *Semproniæ Conſultum.*

Scævola Lib. x. Reſponſor.

Lucius Titius fratris filio commiſit rerum ſuarum adminiſtrationem ita: Σεῖῳ τέκνῳ χαίρειν. ἐγὼ μὲν κατὰ φύσιν εἶναι νομίζω, τὸ ὑπὲρ πατρὸς, καὶ τῶν τοῦ πατρὸς υἱῶν πραγματεύεσθαι, δίχα τοῦ τινὰ ἐπιτροπικὸν αἰτεῖν. εἰ δὲ δεῖ καὶ τοιούτου τινός, ἐπιτρέπω σοι, περὶ πάντων ἡμῶν, ὡς θέλεις, πραγματεύσασθαι. εἴτε πωλεῖν θέλεις, εἴτε ὑποτίθεσθαι, εἴτε ἀγοράζειν, εἴτε ὁτιοῦν πράττειν, ὡς κυρίῳ ὄντι τῶν ἐμῶν. ἐμοῦ πάντα κύρια εἶναι τὰ ὑπὸ σοῦ γινόμενα ἡγουμένου, καὶ μηδὲν ἀντιλέγοντός σοι πρὸς μηδεμίαν πρᾶξιν. *Id eſt:* Titio filio ſuo S. Ego quidem ſecundùm naturam eſſe exiſtimo, pro patre & patris filiis negotiari ſine aliqua conceſſionis inquiſitione. Si autem neceſſitas alicujus talis erit; concedo tibi de omnibus meis, ut vis, negotiari: ſive vendere vis, ſive paciſci, ſive emere, ſive quodcumque operari ut domino enti meorum: me omnia firma eſſe à te facta exiſtimante, & non contrarium dicente tibi ad ullam operationem. *Quæſitum eſt, ſi quid non adminiſtrandi animo, ſed fraudulenter alie-*

alienaſſet, vel mandaſſet, an valeret. Reſpondi: eum de quo quæreretur, plenè quidem ſed quatenus res ex fide agenda eſſet, mandaſſe. Item quæro: an, cum Sejus magiſtratu functus, debitor extitiſſet, Lucius Titius eo nomine conveniri poſſit, vel res ejus obligatæ eſſent, propter verba epiſtulæ ſupraſcripta: Reſpondi, neque conveniri poſſe, neque res obligatas eſſe. L. 60. §. ult. Mandati.

1. Verſio latina hujus epiſtolæ Græcæ eſt inelgans & obſcura, & abeſt à multis exemplaribus. Aliam demus, cenſeo. *Sejo filio S. D. Ego quidem naturæ conſentaneum exiſtimo, ut cum Pater res liberorum & filii res patris adminiſtrant, ab iis mandati exhibitio ne petatur. Si quid autem ejusmodi uſu veniat exigi: Ego tibi res meas, ficut vis, omnes tractare permitto, ſive aliquid vendere, vel pignori obligare, emere, vel quicquid agere velis, quaſi qui ſis dominus rerum mearum. Nam quicquid à te factum fuerit, rectum & ratum exiſtimabo, nec ulli negotio à te geſto contradicam.* Qui ſcripſit has literas, deinde alienationem vel obligationem fraudulenter à fratris filio factam revocare, nec ratam habere voluit. Quæritur, an reſcindere poſſit, quod à fratris filio actum, geſtum, alienatum eſt? Adfirmatur à Scævola. Quod merito iniquum videatur & contra mandatoris ipſius obligationem. Quanto rectius huic objicietur, quod non tam fratris filius, quam ſe ipſe deceperit, ut ita reus abſolvatur *l. 26. d. R. Vind. l. 16. §. 2. d. liber. cauſ.*? Præſertim, cum addiderit Patruus in literis ſuis, ὡς θέλεις *ut vis:* quibus verbis etiam illicitæ, vel ſaltem domino improbatæ rei poteſtas, utique, ſi mandantis ſolius præjudicium ſpectes, contineri videtur. Hinc, cum fidei commiſſum ita relinquitur, ut reſtituat heres, *quibus vult*, etiam indignum præferri poſſe, Ulpianus ex ſententiâ Marcelli ſcribit *in l. 24. d. Legat. 2.*

2. Ad hanc Cenſuram, primo reſpondemus, quod ad obligationem & præſtationem mutuam, inter patruum & fratris filium attinet, parum eſſe difficultatis, cum hic quidem fraudis convictus, verbis Patrui fiduciam de fratris filio, quem ut filium ſuum adſpexit, eximiam præferentibus, à dolo purgare ſe nequeat, ſed tanto majori pudore, ſi frontem non perfricarit, illum ſuffundi oporteat. Semper enim procurator, qualis hic eſt; cum liberâ poteſtate licet conſtitutus, bonam fidem præſtare debet *l. 16. in pr. h. t.* eademque in omni contractu requiritur, *l. 4. C. de O. & A.* Sed major eſt ἀμφισβήτησις, reſpectu eorum quibuscum Sejus contraxit & quibus res vendidit; an Patruus acta geſtacum his, & alienata retractare poſſit? Ita videtur hic Scævola velle: quia *non valere* dicuntur acta; Et quod ad tertium hujus rei ſanctio quoque pertineat, è verſu ſubjecto, ubi quæritur, an Reſpubl. ex eo quod *Sejus vixit* geſſit, actionem adverſus Patruum habeat, liquere videtur. At ſi hic ea quæ fraudulenter cum aliis geſta ſunt, improbare poſſit, non poteſt non videri manifeſta injuria inferri illis; qui Mandato Patrui ampliſſimo decepti cum Sejo contraxerunt. Quid eſt æquius, quam hos Patruo objicientes audire; Tu Sejo Τίτιε tuo liberam dediſti poteſtatem contrahendi, alienandi. Contraxit, alienavit ille; quod illum facere poſſe liberrime, vidimus ex epiſtolâ tuâ; Quâ fide in contractu uſus ſit, ignoravimus, nec id ſcire potuimus; Nos de ejus perfidia non querimur. Si tu querendi cauſam habes; age contra illum: Nos autem, quibus nihil imputari poteſt, fac miſſos.

 3. Con-

3. Conferamus ad hujus rei dijudicationem, quid hac de re inter eos, qui Magiſtros & Inſtitores negotiationibus præpoſuerunt, & hos qui cum illis contraxerunt, juris ſit. An ſi præpoſiti fraudulenter aliquid geſſerint & contra fidem præpoſitionis, Domini teneantur. Inde enim ad Mandatum commode argumentum duci poſſe videtur. Idque magis ex uſu fuerit, explicari, quod ſuperius, etſi ab Autumno Cenſuræ ſubjectum, non eſt tractatum. De Inſtitoribus ita proditum eſt; Illos ſi vel minimum limites ſuæ præpoſitionis egrediantur, ut hic Mandatarium fines mandati egreſſum Scævola ſtatuit, non obligare præponentes. Nam Qui præpoſitus ad vendendum, non ad emendum, is præponentem, non niſi ex facto venditionis, obligat *l.* 5 §. 11. & 12. *d. Inſtitor. act. Non tamen omne quod cum inſtitore geritur, obligat eum, qui præpoſuit: ſed ita, ſi ejus rei gratia, cui præpoſitus fuerit, contractum eſt, id eſt, duntaxat ad id, cui eum præpoſuit. Proinde, ſi præpoſui ad mercium diſtractionem, tenebor nomine ejus ex empto actione. Item ſi forte ad emendum eum præpoſuero, Tenebor duntaxat ex vendito. Sed neque, ſi ad emendum, & ille vendiderit: neque, ſi ad vendendum, & ille emerit, debebo teneri. Idque Caſſius probat.* Idem eſt in *l.* 1. §. 12. *d. Exercit. Act. Igitur præpoſitio certam legem dat contrahentibus. Quare ſi eum præpoſuit navi ad hoc ſolum, ut vecturas exigat, non ut locet: quòd forte ipſe locaverat, non tenebitur exercitor, ſi magiſter locaverit: vel ſi ad locandum tantum, non ad exigendum: idem erit dicendum, ſi ad hoc, ut vectoribus locet, non ut mercibus navem præſtet, vel contrà, modum egreſſus, non obligabit exercitorem. Sed & ſi, ut certis mercibus eam locet, præpoſitus eſt, puta legumini, cannabæ, ille marmoribus, vel alia materia locavit: dicendum erit non teneri, quædam enim naves onerariæ, quædam (ut ipſi dicunt)* ἐπιβατηγοὶ, *i.* vectorum ductrices, *ſunt, & pleroſque mandare ſcio, ne vectores recipiant. Et ſic, ut certa regione, & certo mari negotientur. Ut ecce, ſunt naves, quæ Brunduſium à Caſſiopa, vel à Dyrrachio vectores trajiciunt, ad onera inhabiles. Item quædam fluvii capaces, ad mare non ſufficientes* Autumnus ſententiam iſtorum locorum damnat, eadem ratione quâ in *hanc l.* 60. § *ult.* Cenſura ſtringitur. Ait, Legem Præpoſitionis ſervandam eſſe à domino & Magiſtro vel Inſtitore, non à Creditore, qui emendi vendendi poteſtatem illos habere exiſtimat, quos publice videt vendere ea genera mercium, quas alii ſolent emere; *Neque decipi debent* addit, contrahentes. Putat etiam aliter reſpondiſſe Paulum in *l.* 8. *Quod cum eo qui in al.pot.* ubi ſervus mutuis pecuniis dandis & pignoribus accipiendis præpoſitus obligat etiam dominum, ex hordei negotiatione, licet dominus ſe teneri negaret ex eo, cui ſervum non præpoſuiſſet. Verum quod ad hunc locum attinet, ibi compertum erat, dominum id evidenter eſſe paſſum, ut etiam alias res ageret ſervus, adeo ut in omnibus eum ſubſtituiſſe videretur; Unde recte dominum à Præfecto annonæ condemnatum fuiſſe, judicat Paulus *in d. l.* 8. Cenſura igitur Autumni non videtur eſſe juſta in textus illos, de Magiſtris & Inſtitoribus, quia non modo ipſis non licuit egredi terminos mandati & præpoſitionis ſuæ; ſed etiam qui cum illis contraxerunt, cum ſcirent, illos in rebus alienis verſari, in qualitatem præpoſitionis & mandati, quo muniti eſſent, inquirere debuerunt. Sed an inde jam ſatis tuto, ex illis textibus ad hanc Cen-

ſuram

Digitized by Google

ſuram argmentari licebit? Imò, non videtur eadem eſſe ratio in hac *l.* 60. §. *ult.* quia ſi maximè contrahentes inquiſiverint in tenorem præpoſitionis, quam Seius habit à Parruo ſuo. exhibito ejus Mandato, non potuerunt aliter in animum inducere contrahentes, quam illum pleniſſima inſtructum eſſe poteſtate vendendi, alienandi: Quâ ſi abuſus ſit, hæc inter ipſum & Patruum ſit animadverſio; Extraneis præjudicare non debet.

4. Propius ad rem & contra argumentum è Magiſtris & Inſtitoribus ad hanc cenſuram facit; quod præponentes omnino etiam tenentur ex eo, quod præpoſiti malâ fide in rebus ſuæ præpoſitionis egerunt, imò quod deliquerunt. Sic Ulpianus ex Labeone *l.* 5. §. 8. & 9. *d. Inſtit. Act. Idem ait, ſi libitinarius, quos Græcè νεκροθάπτας*, *i. e.* mortuorum ſepultores, *vocant, ſervum pollinctorem habuerit, iſque mortuum ſpoliaverit, dandam in eum quaſi inſtitoriam actionem: quamvis & furti, & injuriarum actio competeret. Idem Labeo ait: Si quis piſtor ſervum ſuum ſolitus fuit in certum locum mittere ad panem vendendum, deinde is pecunia accepta præſenti, ut per dies ſingulos eis panem præſtaret, conturbaverit: dubitari non oportet, quin, ſi permiſit ei ita dari ſummas, teneri debeat.* Quid ni Mandans igitur fratris filium rebus ſuis tam effreni cum poteſtate præficiens, ex eo quod ipſe fraudulenter adverſus ipſum egerit, cum id lateret contrahentes, teneatur? Male me habet, quod Interpretes à me inſpecti, non dicunt ſententias ſuper hoc, an verba Scævolæ, quibus *Reſpondi*, inquit, *eum de quo quæreretur, plene quidem, ſed quatenus res ex fide agenda eſſet, mandaſſe*, ſolummodo reſpectu mandantis & Mandatarii, an vero etiam quod ad contrahentes attinet, intellexerit. In priore ſenſu nihil eſt difficultatis. Poſterius tamen ad Scævolæ mentem pertinere videtur, ut jam diximus; Quia propoſuit Quæſtionem, *an valeret*, quod actum eſt. Cui negativa reſponſio applicita, nihil quam non valere quod actum fuit, colligendum relinquit; Ac ita quod contractum, quod alienatum eſt, nullius momenti habendum; quod firmatur inquam, è verſiculo ſequente, ubi Quæſtio ſimiliter ad tertium pertinet, ut jam dicere occupavimus.

5. Deſinamus igitur in hoc: Procuratorem cum liberâ poteſtate conſtitutum, habere tamen hanc limitationem Mandati ſui perpetuam, ut Dolus malus abſit; Quo commiſſo & ceſſante Mandato, non poſſe valere, quod actum eſt, integramque Domini eſſe cauſam: Contrahentes pro bonâ fide ſuâ non habere quidem actionem contra Mandantem, teneri quoque ad reſtituendum quod emerunt, ſed omni cautione indemnitatis ſervatâ, quam bonæ fidei poſſeſſores in Jure merentur. Ad argumentum à Magiſtris & Inſtitoribus erga præponentes ſuos ex *d. l.* 5. §. 8. & 9. *d. Inſtitor.* reſpondebimus, id non procedere contra Mandantes, reſpectu Procuratorum. Qui magiſtros & inſtitores præpoſuerunt, quaſi in officio illos collocârunt publico, ut in Naves atque Tabernas publicè mercaturam exercerent; In quâ re ſi malitia illorum adverſus præponentes commiſſa divideretur à negotiis ipſis; ut contrahentes actionnem non haberent, ſi fidem dominis ſuis non ſervaſſent, ea res. Mercaturam, cujus merito ſumma cura habetur, confunderet & turbaret. Plane eandem Inſtitorum & Procuratorum non eſſe rationem Ulpianus idem docet in *d. l.* 5. §. 10. *Sed*

& cum fullo peregrè proficiſcens, rogaſſet, ut diſcipulis ſuis quibus tabernam inſtructam tradiderat, imperaret, poſt cujus profectionem veſtimenta diſcipulus accepiſſet, & fugiſſet: fullonem non teneri, ſi quaſi procurator fuit relictus: ſin verò quaſi inſtitor, teneri eum. Plane ſi adfirmaverit mihi, rectè me credere operariis ſuis: non inſtitoria ſed ex locato tenebitur. Nota, ex mala fide præpoſiti Fullonem non teneri, SI QUASI PROCURATOR FUIT RELICTUS: SIN VERO QUASI INSTITOR, TENERI EUM. Argumentum igitur ab Inſtitore Magiſtrove ad Mandatarium non procedit. Hoc tamen concedendum eſt, ſi Mandatarius ſive Procurator in ipſo facto bene ſervaverit fines Mandati; ſed ex poſt facto fraudem Mandatori fecerit, hoc non infringere vel labefactare, quod cum Tertio geſtum eſt; eoque referendum puto, quod Sandius habet in *lib.* 3. *Deciſ. tit.* 2. *Defin.* 3. cujus hæc eſt inſcriptio; *Univerſitatem teneri ſolvere pecuniam, ab Adminiſtratore ſuo, ex ſpeciali Mandato, mutuo ſumptam, licet ea pecunia non ſit converſa in rem ipſius univerſitatis.* Secundum hanc facti ſpeciem, accipienda ſunt verba, quibus utitur in ratione reddendâ Sandius: *Creditori*, qui *ſecutus eſt Univerſitatis mandatum & bona fide credidit, fraudi eſſe non debere malam fidem Mandatarii;* quod alioqui noſtræ hypotheſi, ut ſupra vidimus, æquè applicari poſſet, niſi aliter hic Scævola & ratio à nobis reddita inferret.

6. Eſt & aliud hoc loco non omittendum. Doctoralis fertur diſtinctio Procuratoris omnium bonorum ſimplicis & cum liberâ; quam diviſionem cum aliis recentioris ævi Interpretibus, ſupervacuam eſſe credidimus in *Poſit. ad h. t. à pr.* ita ſcilicet, ut procurator *cum* liberâ deſcribitur à Juſtiniano in §. *Nihil autem* 42. *I. de A. R. D.* Cui libera univerſorum negotiorum adminiſtratio permiſſa fuit à Domino, quâ de re diximus ad *eundem Tit. Inſt. n.* 40. Habet autem uſum illa diſtinctio in Quæſtione, de Alienatione faciendâ per Procuratorem. Hanc fieri poſſe volunt à Procuratore omnium bonorum cum liberâ, non æquè à ſimplici Procuratore. Sed qui diſtinctionem improbant, ita volunt; Procuratorem omnium bonorum poſſe alienare, ſiquidem evidens domini utilitas ita poſtulet, aliter non poſſe, tam qui clauſulam liberæ poteſtatis habet in mandato ſuo quam ſimplici mandato ad omnia bona inſtructus: Ut pote, cum Mandatum ad omnia bona non limitatum aut reſtrictum, pro libero, & infinito habendum ſit, juxta regulam, quod indefinitæ propoſitiones æquipolleant univerſalibus. Sed *hujus* §. inductio facit, ut inter ipſos Procuratores ad omnia bona, cum libera poteſtate datos, ſit diſtinguendum. Vel ut dati ſint cum liberâ poteſtate *adminiſtrandi* duntaxat, ut *in d.* §. 42. vel cum poteſtate etiam alienandi, ut in hac *l.* 60. §. 1. Qui prioris ſunt generis, non videntur alienare poſſe *l.* 63. *d. Procurat. l.* 16. *C. eod.* niſi ex ſpeciali mandato alienandi rem vel res aut niſi evidens Dominorum utilitas ita poſtulet, de quo caſu accipienda ſit *l.* 58. *d. Procurator. l.* 9. §. 4. *d. Acquir. R. D.* Sed qui ad omnia bona dati ſunt, cum alienandi poteſtate generaliter, vel ita pro lubitu diſponendi, quaſi Dominus eſſet, ut in hac *l.* 60. §. 1. ſit; de tali non eſt ambigendum, quin etiam ſine probatione tam evidentis utilitatis, qualis in aliis requiritur, valeat alienatio; modo non facta ſit cum animo fraudandi, qualis in Man-

dato omnique bonæ fidei contractu ſemper exceptus & prohibitus intelligitur.

Paulus Lib. XXIII. ad Edict.

Societas coiri poteſt vel in perpetuum, id eſt, dum vivunt, vel ad tempus, vel ex tempore, vel ſub conditione, l. 1. in pr. pro Soc.

1. Cenſura. Quomodo ſub conditione? Cum Juſtinianus demum ſua Conſtitutione fecerit, in *l. ult. C. h. t.* ut Societas ſub conditione contrahi poſſet? Ergo hæc verba *ſub conditione* à Triboniano oportet adjecta fuiſſe, quod cenſet D. Wiſſembachius *Emblem. Tribon. ad h. t.* Magis eſt, ut tametſi hac de re diſputatum fuerit inter veteres, adfirmantium tamen, ſub conditione Societatem rectè contrahi: prævaluerit opinio, idemque Paulus ſenſerit. Cur enim ſub conditione minus, quam ad tempus, vel ex tempore? Nam quod Wiſſembachius hanc è Cujacio rationem reddit, quia in ſocietate dominium transfertur *l. 2. h. t.* ut fingeretur interveniſſe mancipatio, quæ ut actus legitimus non recipiat conditionem *l. 77. d. R. J.* idem de tempore dicendum fuiſſet, quod non magis recipiunt actus legitimi, quàm conditionem *d. l. 77.* Quin & in venditione Dominium tacitâ mancipatione transferebatur; nec tamen unquam dubitatum eſt, quin Emptio venditio rectè ſub conditione fieret. Ego mihi perſuadeo, dubitationem veterum non fuiſſe de conventione ſuper ineundâ communione, de quâ hic agitur. Sed de reali & actuali initio Societatis, quod cum res ſociorum è continenti communes faciat, *l. 1. & l. 2. h. t.* conditio aliquid contradictionis implicare videbatur. Sed Juſtinianus Traditionem & Dominii tranſlationem in ſocietate non magis putavit reſpuere conditionem, quam alios actus qui dominium Traditione transferre ſolent *l. 38. §. 1. d. Acquir. poſſ.* Confer ea quæ diximus ad *l. 4. d. Servit. ſub fin.*

Ulpianus Lib. xxx. ad Sabinum.

De illo Pomponius dubitat, utrum actionem eum mandare ſociis ſufficiat, ut, ſi facere ille non poſſit, nihil ultra ſociis præſtet: an verò indemnes eos præſtare debeat, & puto, omnimodo eum teneri ejus nomine, quem ipſe admiſit. Quia difficile eſt, negare, culpâ ipſius admiſſum. Idem quærit an commodum, quod propter admiſſum ſocium acceſſit: compenſari cum damno, quod culpa præbuit, debeat. Et ait, compenſandum. Quod non eſt verum: Nam & Marcellus libro ſexto digeſtorum ſcribit: ſi ſervus unius ex ſociis, ſocietati à domino præpoſitus, neglegenter verſatus ſit: dominum ſocietati, qui præpoſuerit, præſtaturum: nec compenſandum commodum, quod per ſervum ſocietati acceſſit, cum damno: & ita Divum Marcum pronuntiaſſe. Nec poſſe dici ſocio, Abſtine commodo, quod per ſervum acceſſit, ſi damnum petis. *l. 23. Pro Socio.*

1. Quæſtio hujus loci eſt; An ſocius, negligentiam quibusdam in rebus admiſſam

miſſam cum induſtria in aliis adhibita, damnumque & lucrum à ſe datum compenſare poſſit; Quod negat Ulpianus in *hac L.* 23. Sed Hujus L ſententiam pronuntiant abrogandam eſſe Magiſtri Cenſores pragmatici, Autumnus & Groenewegius *ad h l.* Mornacius etiam ad *l.* 26. *h. t.* quæ eſt ejuſdem ſententiæ, putat, hanc eſſe ſubtilitatem, quæ trahit aliquid ex iniquo. Tametſi Paulus ab Ulpiano diſſentiendi facilis, ſit in eadem cum illo ſententia *l.* 25. *h. t.* quod magnum eſt præjudicium veritatis & æquitatis adverſus hanc Cenſuram. Etſi contra Pomponius ſentire videtur in *l.* 11. *d. Negot. geſt. Si negotia abſentis & ignorantis geras: & culpam, & dolum præſtare debes. Sed Proculus, interdum etiam caſum præſtare debere, veluti ſi novum negotium, quod non ſit ſolitus abſens facere, ut nomine ejus geras: veluti venales novicios coëmendo, vel aliquam negotiationem ineundo. Nam ſi quid damnum ex ea re ſecutum fuerit, te ſequetur: lucrum verò abſentem. Quod ſi in quibuſdam lucrum factum fuerit, in quibuſdam damnum; abſens penſare lucrum cum damno debet.* Eandem, ut videtur, Pomponii ſententiam rejecit Ulpianus, ex auctoritate Marcelli in *hac l.* 23. Attamen Pomponius habet ſuffragium Cujacii & Mornacii, & reliquorum, qui nihil æquius putaſſe, quam dictum Marci Imperatoris, quod tamen Paulus, Ulpianus & Marcellus hic negant habere locum; *Abſtine commodo, ſi damnum petis:* quo tamen nihil magis ſecundum Naturam eſſe videtur, juxta illud decantatum: *Secundum naturam eſt, Commoda cujuſque rei eum ſequi, quem ſequuntur incommoda l.* 10. *d. R. I.*

2. Defenſio Marcelli, Ulpiani & Pauli conſiſtit in hac ratione, quod Socius, aucta ſocietate per induſtriam ſuam, nihil aliud fecit, quàm ad quod tenebatur, ut communi ſtuderet utilitati, cujus ipſe partem ferret; quo animo & inſtituto contractus initus fuit. Nec inde quicquam præcipui à ſocio vindicare ſibi poterat. Quod non venit in petitionem vel in exceptionem, id nec compenſari poſſe manifeſtum eſt *l.* 1. *& ſeqq d. Compenſat.* Quod vero ſciens per culpam dedit damnum, hoc ſocio præſtare cogitur, idque peti ab illo poteſt. Cum quo non recipit compenſationem, quod nec inquam; peti neque per exceptionem, ſeorſim retineri poteſt; quemadmodum fieri non poſſe de lucro per induſtriam ſocii acquiſito ultra ſuam partem intelleximus. Compenſatio eſt debiti & crediti reciproci contributio *d. l.* 1. *d. Comp.* Hic vero non eſt utrimque debitum & creditum: Eſt ab una parte duntaxat; ratione culpæ admiſſæ; non eſt debitum reciprocum ex induſtria adhibita, quam ſine perfidia omittere non poterat ſocius. Non magis igitur damnum culpâ datum compenſari poteſt cum lucro ex debita ſocii diligentia quæſito, quam pœnæ delictorum, cum meritis virtutum præmiis compenſantur. Videtur hæc res eodem fere modo comparata, quo diximus ad *l.* 26. §. 6. *Mand.* diſtinguendam eſſe rationem humanitatis & *Curialitatis*, *ut* loquitur Accurſius, à jure perfecto. Hoc non admittit compenſationem; illa vero ſuadet & commendat, ne ſocius à ſocio, qui induſtria ſua pluribus in rebus auxit ſocietatem, imprudentiæ vel negligentiæ culpam ſeorſim exigat & luere cogat, ut de Jure poſtulare poteſt. Hanc Juris, non *Curialitatis* Accurſianæ rationem, hujus loci Auctores recte ſequuti ſunt, rejecta Pomponii ſententia; quem revera in hac quæſtione diſſenſiſſe, verba Ulpiani dubitare non patiuntur.

3. Et

Digitized by Google

3. Et cum idem Pomponius in *d. l.* 11. *d. Negot. geſt.* in ſimili ſpecie compenſationem adferat, non dubitant Cenſores inter hanc *l.* 23. §. 1. & *d. l.* 10. Antinomiam eſſe confeſſam. Aliter ſtatuit Anton. Faber, qui ut Ulpiano, Paulo & Marcello compenſationem negantibus patrocinatur, ita negat in *d. l.* 11. diſſentire Pomponium, quia longe ſit alia ſpecies in *d. l ſi negotia* 11. Nam in eâ *non fieri compenſationem lucri cum damno, quia non erat illud lucrum debitum abſenti, ab eo, qui negotia ipſius geſſit, cui nec gerendi officium debebat.* Ceſſare ita rationem, quam diximus eſſe in *hac l.* 23. quod ſocius induſtriam, qua lucrum prius acceſſit, deberet ſocio; non æque negotiorum geſtor abſenti amico. Sed vereor, ut hæc reſponſio ſufficiat tollendæ contrarietati: Quippe, cum negotiorum geſtor hoc ipſo, quod ſe rebus alienis miſcet, ad exactiſſimam diligentiam teneatur §. 1. *in fin. d. Obl. ex quaſi contra.* Ideoque fruſtra ſuam imputat induſtriam, qua, ſi aliter uſus fuiſſet, obnoxium ſe negotiorum Domino reddidiſſet. Non videtur igitur hic melior eſſe compenſandi cauſa, quam in ſocietate. Tamen ut ſe textus habet in *l.* 11. nec ego neceſſe puto, ejus ſententiam accipere ut contrariam huic *l.* 23. §. 1. Nam in *d. l.* 11. lucrum & damnum, tam induſtriâ quam culpa ſervi ſocialis contractum, in uno eodemque negotio uſu venit. Servis novitiis emendis, aut in alia quapiam negotiatione, res ita exiit, ut è quibuſdam decem lucratus ſit, ex aliis octo perdiderit. Compenſatione facta, *duo lucri* ſuperſunt. Quid eſt æquius & rectius; Nec in ipſa quidem Societate credo, aliter Ulpianus, Paulus & Mercellus ſenſerint. Ipſi vero in hac *l.* 23. de ſocietate *ſimpliciter* agunt, de qua Pomponius idem voluiſſe videtur, etſi diverſæ fuerint negotiationes, quod illis merito diſplicuit; Cum unaquæque negotiatio ſeorſim conſtat, & ſeparatim æſtimanda veniat, tam induſtriæ, in communem utilitatem, quam culpæ ratione, quarum illam debuit, hanc luere cogitur. Ita videtur & Eunomia & Antinomiæ conſultum.

Ulpianus Lib. xxx. ad Edict.

1. *Si non fuerint partes ſocietati adjectæ: æquas eas eſſe, conſtat. Si vero placuerit, ut quis duas partes, vel tres habeat, alius unam: an valeat? Placet, valere, ſi modo aliquid plus contulit ſocietati vel operæ vel cujuſcunque alterius rei cauſa. l. 29. in pr. Pro Socio.*

1. Si verum eſt, quod plerique ſtatuunt Interpretes, in Societate, quando nihil ſecus convenerit, æquales lucri & damni ſociorum eſſe partes, proportione Geometrica, ut, qui plus pecuniæ contulit etiam plus lucri & damni percipiat, idque rationes Eunomicæ & Phioſophicæ omnino exigant, ut juxta alios omnesque fere Juris Interpretes ſtatuit ſummus philoſophiæ Civilis magiſter Grotius in *lib. 2. de jur. B. & P. c. 12. n. 24.* hic textus non bene ſe habet, cum docet, Pactionem inter ſocios, de partium inæqualitate, valere, ſi modo aliquid plus ab altero collatum ſit ſocietati, aut pecuniæ, vel operæ, vel cujuſcunque alterius rei cauſa. Nam ſi verum eſt, quando nihil convenit de partibus

 ſpe-

ſpectandum eſſe tamen, quia *ſociorum* plus altero contulerit, non poteſt idem ad pacti ſuper inæqualitate, *valorem* requiri. Verum hoc utique valere oportet vi ſola pacti, cum alioqui nihil inter ſocietatem ſimpliciter & cum pacto inæqualitatis initam intereſſet. Sed ego ita exiſtimo non eſſe dubium, quin Ulpianus hic per partes *æquas* intelligat, viriles & arithemeticè æquales; opponuntur enim æqualitati geometricæ, quæ eſt, ſut prout quiſque plus contulerit, etiam plus ferat lucri, quæ comparatio in textu eſt evidenter: Et quam nos hoc argumento adſtruimus; Propoſitio, quæ præſcribitur, quando convenit, ut partes ſint inæquales, hæc locum non habet, quando nihil de partibus eſt dictum: tunc enim coventio de partium inæqualitate nullum haberet uſum & effectum. Atqui hæc proportio, ut qui plus contulit, plus percipiat, tantum præſcribitur in caſum, quo de partium inæqualitate convenit, hac *l.* 19 *in pr.* & *l.* 6. *eod. tit.* Ergo non habet locum in ſocietate ſimpliciter contracta; ſed in eâ ſimpliciſſima inæqualitas, ſine reſpectu ad diſparitatem collationis, obſervanda erit. Idque leges velle ſatis indubitatum eſſe puto; nec aliter opus eſt accipi Juſtinianum in §. 1. *De Societ.* Etſi Tribonianum ibi diverſum ab Ulpiano in *d. l.* 29. *pr.* & Pomponio in *d. l.* 6. exiſtimaſſe, putat Thomaſius in *ſchol. ad poſit noſtras d. tit. Inſt. de Societ.*

2. Sed tum ratio nobis reddenda fuerit, quomodo illa Juris Romani ſententia, ſi hoc modo accipienda eſt, cum Eunomiâ conveniat. Id enim ingente præjudicio damnat Schola Communis, etiam Grotius, ut dictum, & ipſe Ariſtoteles. Verba Grotii, *loco citato*; In ſocietate negotiatoriâ, *inquit*, ubi confertur pecunia cum pecuniâ, ſi pecuniæ æquales ſint, eſſe etiam oportet partes in damno & lucro: Sin fuerint inæquales, partes quoqu fient pro ratâ, quod Ariſtoteles fine VIII. Nicomachicorum ſic extulit; Ἐν χρημάτων κοινωνίᾳ πλείω λαμβάνουσιν, οἱ συμβαλλόμενοι πλείω. *In ſocietate pecuniariâ plus accipiunt; qui plus contulerunt.* Atque idem habebit locum, ſi operæ aut æquales aut inæquales conferantur. Sed & opera cum pecuniâ, aut cum pecuniâ & operâ conferri poteſt, ut dici ſolet;

Par pari datum hoſtimentum eſt. opera prò pecuniâ.

Hæc Grotius idemque tantâ vi rationis urgent plerique, ut ægre ferant, eſſe qui hac parte diſſentiat, & quaſi contra torrentem nitatur: Adeò, ut nec Juris Civilis eſſe quam diximus, ſententiam ullo modo videri patiantur. Etſi non deeſſe tamen Juris Romani Interpretes, ita, ut à nobis collocatum eſt, ſentientes, antehac probavimus, nominatim Connanum in *lib.* 7. *Comment. c.* 19. *n.* 5. & Tuldenum *ad h. t. C. n.* 3. Ariſtotelem equidem nihil erres, ſi hoc modo accipas, ut idem ſentire videatur cum Pomponio in *d. l. 6. h. t. Si ſocietatem mecum coieris ea conditione, ut partes ſocietatis conſtitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda eſt, & conveniens eſt viri boni arbitrio, ut non utique ex æquis partibus ſocii ſimus: veluti ſi alter plus operæ, induſtriæ, pecuniæ in ſocietatem collaturus ſit.* Scilicet, ita conſulendum eſſe velit etiam Ariſtoteles, quando contrahentes hoc animo, ne partes eſſent æquales, convenerunt in ſocietatem: Æquum eſſe ita conſuli. Faciendum vero ita neceſſario nihil eſt quod imperet: Quia plerumque fit, ut cum pecuniæ diſpar eſt collatio, non diſſimilis

ope-

Digitized by Google

operarum diſparitas inveniatur. Nec omnino aliter etiam ex ipſius philoſophiæ civilis ratione ſe rem poſſe habere probavimus, in *lib. 2. de Jure Civit. ſect. 6. c. 4.* Ratione potiſſimum duplici: Primâ, quod illa comparatio lucri & damni, cum proportione collationis operarum vel pecuniæ, ſine Viri prudentis arbitrio, *ὡς ὁ φρόνιμος ὁρίσειεν*, ut Ariſtoteles loqui ſolet, fieri non poſſit: Ac ideo facti ſit, non juris; cum ſi hæc eſſet natura ſocietatis ſimpliciter initæ; juris eam rem eſſe oporteret. Altera ſit ratio; quod Juris Interpretes, qui æqualitatem geometricam urgent, eam pecuniæ reſpectu imprimis obtinere volunt. De operis non recuſant, ſi nihil ſit dictum, harum causâ, non oriri partium inter ſocios inæqualitatem. Atqui operarum & pecuniæ, parem inter ſocios habendam eſſe rationem, patet ex hac *l. 29. §. 1.* nec aliter in hac Quæſtione diſſentientes docent, & loquentem modo Grotium audivimus. Sic igitur exiſtimemus, nec Ulpianum in hoc loco aberrare ad Eunomicis rationibus; neque ſententiam communem & Grotianam eſſe præterendam ei, quod Juris Conſultos de ſociali æquitate ſentire demonſtravimus, idemque ex hac *ipsâ l. 29.* confirmatum vidimus, & videbimus amplius *ad. L. ſequentem.*

Paulus Lib. VI. ad Sabinum.

Mucius libro quartodecimo ſcribit, non poſſe ſocietatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem ſocius ferat. Servius in notatis Mucii ait, nec poſſe ſocietatem ita contrahi Neque enim lucrum intelligitur, niſi omni damno deducto: neque damnum, niſi omni lucro deducto. Sed poteſt coiri ſocietas ita: ut ejus lucri, quod reliquum in ſocietatè ſit, omni damno deducto, pars alia feratur: & ejus damni, quod ſimiliter relinquatur, pars alia capiatur. L. 30. Pro Soc.

Juſtinianus Auguſtus.

Et quidem ſi nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit: æquales ſcilicet partes & in lucro & in damno ſpectantur. Quod ſi expreſſæ fuerint partes, hæ ſervari debent. Nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, ſi duo inter ſe pacti ſint, ut ad unum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant, ad alium tertia. De illa ſanè conventione quæſitum eſt, ſi Titius & Sejus inter ſe pacti ſint, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia: ad Sejum duæ partes damni, lucri tertia: an rata debeat haberi conventio. Quintus Mutius contra naturam ſocietatis talem pactionem eſſe exiſtimat, & ob id non eſſe ratam habendam. Servius Sulpitius (cujus ſententia prævaluit) contrà ſenſit: quia ſæpe quorundam ita pretioſa eſt opera in ſocietate, ut eos juſtum ſit, conditione meliore in ſocietatem admitti Nam & ita coiri poſſe ſocietatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune ſit, quia ſæpe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mutii ſententiam obtinuit, ut illud quoque conſtiterit, poſſe convenire, ut quis lu-

cri partem ferat, de damno teneatur, quod & ipſum Servius convenienter ſibi fieri exiſtimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut ſi in alia re lucrum, in alia damnum illatum ſit, compenſatione facta, ſolum, quod ſupereſt, intelligatur lucro eſſe §. 2. & 3. *Inſt. de Societ.*

1. Mirum eſt, Mucium Scævolam, auctorem ſe tuliſſe tam incivilis ſententiæ, qualem ei Servius Sulpicius in *l.* 30. adſcribit. Non poſſe ita convenire, ut inæqualis lucri & damni partes à ſociis recipiantur. Quid enim æquius, quam, ſi inæqualis ſit opera ſociorum, melior ejus conditio ſit, cujus opera longe pretioſior eſt, quam alterius, imperiti forte negotiationis, de qua Societas inita eſt, quam rationem Juſtinianus ex Sulpicii ſententiâ Mucio, ut videmus, opponit? Cujus adhuc abſurdior à Servio proponitur opinio *in h. l.* 30. verum ita, ut alii Sulpicium Mutio injuriam feciſſe putent; *Ex rationibus Servii Sulpicii, quibus ille Mucium refutare conatur, colligo, eum mentem Mucii non fuiſſe adſecutum*, ſunt verba D. Wiſſembachii ad *Tit. Inſt. de Societ. n.* 8. *in fin.* Cenſuræ non una ſpecies. Mutius Scævola primo arguitur Ineptiæ, quod de Jure Quæſtionem deciderit, in eam ſententiam, quæ de facto nullum uſum aut intellectum habeat. Rurſus, Calumnia Servii Sulpicii notatur, quod Mucium reprehenderit, quem non intellexerit. Poſtremo, ipſa deciſio Textuum præſcriptorum ut Æquitati, & naturæ Societatis adverſa, Mutii rationibus urgetur. Videamus omnes ſimul, attamen diſtinctè.

2. Mutius Scævola fertur exiſtimaſſe, non valere Societatem ita contractam, ut aliam damni, aliam lucri partem alter ex ſociis ferat. Servius hanc quæſtionem, de facto nullius uſus eſſe dixit, ut Mutius cum umbrâ ſuâ luctatus ſit: Quæſtionem enim de lucro partiendo, non habere locum inter ſocios, niſi poſt deductionem omnis damni, ut nihil quam merum lucrum ſuperſit: Vel ſi contra ſe res habeat, quando poſt deductionem omnis lucri, nihil quam damnum ſupereſt. Ut de comparatione lucri & damni, utrius quiſque majorem partem, ante finalem & liquidam computationem, ferre debeat, quæſtio locum habere nequeat. Sed unicum ejus uſum eſſe, quando poſt univerſam computationem, lucrique & damni compenſationem, ſumma lucri vel ejus damni, quod reliquum eſt, alterutrius ſcilicet, liquet. Hoc tum eo modo dividendum, ut vel ſingulis æqua pars, vel inæqualis, ex pacto tribuatur. In eo conveniebant Auctores; ſed Mutius putabat, quæ proportio lucri Sociis placuiſſet, eandem & in damno ſervandam; non ut ſimul utraque proportio concurreret, ſed ex eventu dijudicaretur. Non poſſe ita convenire, ut, ſi decem lucri in reliquo invenirentur, alter haberet duas partes; ſi vero decem forent damni, partes æquas ſinguli haberent. Hoc Sulpicius merito & Juſtinianus improbarunt, eâ ratione, quod unius opera præ altero, facile tanti eſſe poſſet, quantum in illo diſcrimine lucri & damni, contineretur. In hoc igitur vera diſcrepantia *Mutii* à reliquis conſtitiſſe videtur, quod ille convenientiam lucri & damni putaverit eſſe naturalem Societati. Sed in calculo & compenſatione lucri & damni, non eſt veriſſimile, Mucium à cæteris diſſenſiſſe, quod tanto JurisConſulto indignum fuiſſet. An igitur Servius hoc ei per injuriam vel imperitiam adfinxit? Nec id quidem veriſimile videtur; nec habetur in textu: Magis eſt, ut Servius Mucium

cium per partes refutaverit hoc modo; Tu putas, non poſſe alium lucri, aliam damni partem eſſe inter ſocios. Atqui comparatio lucri & damni vel intelligitur in tractu Societatis, vel in ejus exitu. Priore modo non poteſt fieri, ut alter altero plus minuſve lucri vel damni habeat, ut dictum. Poſteriore ſenſu, nihil vetat, pactum valere atque ſubſiſtere propter rationem modò dictam. Mucium in hoc fuiſſe, ut in priorem ſenſum traheret quæſtionem, non dicit Servius Sulpicius, nec de viro juris prudentiſſimo talis error, negotii, in quo verſatur ignorantiam implicans, præſumi poteſt.

3. Unum adhuc ſupereſt explicandum. Juſtinianus in *d.* §. 2. refellens Mucium, confirmat hoc, quod nos ad *l. praced.* demonſtravimus; Conventionem de partibus inæqualibus, niti fundamento diſparis collationis, à ſociis factæ, ſi non pecuniæ, ſaltem operarum; nec adeo ſine tali diſparitate collationis valere conventionem de damno & lucro inæquali, ut olim Azo contra Johannem rectè diſputavit, ejuſque ſententiam Interpretes *Communiter* ſequi, teſtatur Vinnius in *comment. ad* §. 2. *Inſt.* nominatim Gomez. 2. *var. Reſol.* 5. *n.* 5. Weſemb. *parat. h. n.* 5. Chriſtinæ. *Vol.* 3. *Deciſ.* 51. Verum huic ſententiæ poſt alios, opponit ſe Vinnius *ibidem*, cujus rationes, cum id quod ad *l. praced.* diſputavimus, oppugnent, breviter examinandæ ſunt. *Primum*, inquit, *rationis eſſe videtur, ut expreſſa Conventio operetur ultra naturam ordinariam Contractus arg. l.* 23. *d. R. J.* Atqui hanc ordinariam eſſe naturam Societatis, ut pro diſpari collatione, ſint etiam partes lucri & damni inæquales, ſupponit ut indubitatem; quod cum nos aliter ſe habere modò probaverimus, primum hoc argumentum labitur. *Deinde*, Vinnius, *Apertè huic ſententiæ refragatur, quod ſimpliciter ſcriptum eſt in* §. 1. *l. h. t. ſi partes expreſſæ fuerint, has ſervari debere.* Imò *Reſpondetur*; Juſtinianus in *d.* §. 1. ſic ait; *Si nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit, æquales ſcilicet partes & in lucro & in damno ſpectantur. Quod ſi expreſſæ fuerint partes, hæ ſervari debent.* Æquales partes ſunt viriles. Primam igitur Juſtiniani poſitionem generaliter accipiamus oportet. Quoties de partibus nihil eſt dictum, id egiſſe videntur Socii, ut partes lucri & damni in capita ſociorum dividantur. Expreſſæ diſpares verò ſervari debent; quatenus *ſæpe quorundam ita pretioſa eſt opera in Societate, ut eos juſtum* ſit, *conditione meliore in ſocietatem admitti*, ut in §. *ſequ.* uno contextu orationis, & in eodem quæſiti genere ſubjicitur. Quod autem Moribus hodiernis, ſervari, contra quam nos de jure diſputavimus, adſerit ex Weſembecio Vinnius, ſuo loco & rerum periculo committimus.

Ulpianus Lib. xxxi. ad Edictum.

Utrum ergo tantum dolum, an etiam culpam præſtare ſocium oporteat, quæritur. Et Celſus libro ſeptimo digeſtorum ita ſcripſit: Socios inter ſe dolum, & culpam præſtare oportet. Si in coëunda ſocietate (inquit) artem operamve pollicitus eſt alter: veluti cum pecus in commune paſcendum, aut agrum politori damus in commune quæ-

Digitized by Google

rendis fructibus: nimirum ibi etiam culpa præſtanda eſt, pretium enim operæ artis eſt velamentum. Quod ſi rei communi ſocius nocuit, magis admittit, culpam quoque venire l. 52. §. 2. Pro Socio.

1. Quæſtio propoſita eſt è facilioribus, quid ſocii inter ſe invicem præſtent. Reſponſio eſt, dolum & culpam eſſe præſtandam; culpa ſcilicet, levi intellectâ; quia vertitur utriuſque utilitas. Idque ampliatur, etſi alter operam ex pacto debeat; quia pretium pro opera accipit id eſt, lucrum Ac ita adhuc utriuſque commodum vertitur, Nam *prætium operæ artis eſt velamentum*. Videtur hæc aliquid acuminis habere ſententia Ulpiani, ſed de ſana explicatione verborum laboratur. Species facti ſatis indicat, quis ſenſus eſſe debeat horum verborum, PRETIUM OPERÆ. ARTIS EST VELAMENTUM. Eſt ſpecies Societatis quotidiana, cum agrum damus poliendum, *ſeu meliorandum*, ut vulgo, hac lege ut operarius Partem fructuum ferat: vel pecus datur paſcendum, ut lac, pilus, lana, fœtus dividantur inter dominum & paſtorem; eſt idem juris de culpæ præſtatione, quod eſſet, ubi res utrimque conferuntur. Hæc poſitio firmatur illâ ratione, *Pretium enim operæ Artis eſt velamentum*. Cum opera & Ars ſit idem in hac ſpecie, Haloander legit, *operæ & Artis:* Et recte hoc ſenſu, ait, *Gotofredus*; Qui boves paſtori dat, animo ſocietatis contrahendæ, rem ipſam præſtat; paſtor autem operam, hæc ſocietas valet. Nam *velamentum*, id eſt, *præſtatio collatioque operæ & artis*, *prætium eſt*; Perinde eſt, ac ſi pretium paſtor conferret: quippe induſtria ejus ac opera vicem prætii præſtat. Hæc Gotofredus pro, & ex Haloandro. Sed explicatio *Velamenti* pro vicariâ collatione operæ & induſtriæ non congruit verbo; ſenſus explicationis eſt bonus, ſed ad literam non deſcendit, ut Accurſius ait. Æque durum eſt, quod Budæus apud eundem Gotofredum, velamentum accipit pro *τιμὴ τῆς τέχνης*, æſtimatione ſive pretio Artis. Præter enim, quod barbarè ſic vocem ſumi ipſe fatetur, eſt petitio Principii. & prædicatio *identica*; Pretium operæ eſt Artis velamentum, ſive *Æſtimatio*. Nam ut opera & Ars ſunt idem, ſic pretium & velamentum idem ſonent, duplici *identiſmo*. Meliore ſenſu alii pro *velamentum*, Legunt, *hoſtimentum*, id eſt Retributio, teſte eodem Gotofredo. Sed modeſtior & lenior eſt mutatio illorum, qui pro *velamentum* legunt, Levamentum, ut Cujacius, hoc ſenſu, quod pretium operæ, ſit Artis retributio; Ut tantundem valeat opera & pecunia. Alii denique pro *velamentum* legunt, *æquamentum*, ut idem Gotofredus ex Hotomanno & Avellano refert. Poſtremo Anton. Faber ait, ſe mirari, nemini in mentem veniſſe, pro *Artis* uti legerent *Partis*, ſatis apto ſenſu: Æſtimationem operæ quam alter confert, velare, id eſt, ſupplere defectum partis in collatione reali. Quæ forſitan ex omnibus, Emendatio commodiſſima ſit. Charondas ad *hunc locum*, negat tamen opns eſſe emendando; verba ſenſum habere juſtum, hoc modo. *Pecunia ſupplet & velat, quod in arte vel opera deeſt.* Sed hanc eſſe *peſſimam*, nomini parcens, expoſitionem adfirmat Gotofredus. Et eſt ſane alienus ille ſenſus à connexione loci. Nam pretium operæ adſcribitur ei, qui pecuniam non confert, ſed operam duntaxat, cujus æſtimatio ſit loco pecuniæ. Vix eſt, ut plus proficiat Contius, qui *velamentum*, idem eſſe putat, quod *Velatura* Varronis, dicta pro mercede tranſvectionis nau-

tæ da-

tæ datâ. Charondas ad *h. l.* monet apud Varronem legendum eſſe *vecturam*, non *velaturam* ad *h. l.* quia præcedit à *vehendo.* Sed ut velatura in illo ſenſu aliunde incognita eſt, ita velamentum illuc trahere, ne Varrone quidem auctore fiat.

2. Quid ergo tandem? videamus ſultis & nos an ſine emendatione defungi liceat. Quæſtio in textu eſt; Cur, ubi unus artem operamque præſtat, alter ſocius non præſtat, prior tamen ad culpam teneatur, cum alterius utilitas hactenia ſolummodo veni videatur. Ratio redditur, *quia pretium operæ, Artis eſt velamentum.* Non eſt quod Socius alteri imputet Artem, quaſi nulla eſſet utilitas ſua, ſed alterius tantum; quia pretium operæ velat Artem & facit, ne Arti aliquid præcipuum tribuatur. Pretium operæ eſt participatio lucri quod is, qui operam confert, percipit; Hæc eſt velamentum Artis, quia fecit, ne Ars præferri & venditari poſſit. Mihi videtur hic ſenſus civilior & acutior eſſe, quam ullâ inferatur emendatione: Et ſententia proverbialis erit, quâ & in ſimilibus uti licebit. Ne qui pretium operæ accepit, Artem ſuam beneficio imputet; ſed pretium ejus velamentum eſſe cognoſcat. Talis uſus & elegantia non videtur ineſſe in ulla Emendationum. Acutior eſt Accurſii explicatio ſecunda; quæ punctum vult poni in medio ſententiæ; *Pretium enim operæ. Artis eſt velamentum.* Non abſurdo, nec à priore abſimili ſenſu; Non eſt, quod ſocius ob Artem operamve ſuam à culpâ excuſetur. *Pretium enim operæ.* Æſtimationem operæ percipit in communione lucri, quæ eſt pretium ejus. *Artis eſt velamentum*; ſive prætextus. Pretio imputato, Ars nihil quam prætextum ei præbet. Non recedimus tamen à priore intellectu. Lector habet reſtibilem eligendi copiam. In eo, ſatis conſtat, non eſſe rationem, quod Gloſſa non intelligens, quid ſit *politor* in textu, Legit *pollicitor*, vel *pollicitator.* Nemo jam neſcit, politorem eſſe, quod diximus, eum, qui agrum *polit* & meliorem reddit.

Ulpianus Lib. xxxi. ad Edictum.

Idem reſpondit: Socius, qui ceſſantis, ceſſantiumve portiones inſulæ reſtituerit, quamvis aut ſortem cum Certis uſuris intra quatuor menſes, poſt quàm opus refectum erit, recipere poteſt, exigendoque, privilegio utetur, aut deinceps propriam rem habebit, poteſt tamen pro ſocio agere, ad hoc, ut conſequatur, quod ſua intererat. Finge enim, malle eum magis ſuum conſequi, quàm dominium inſulæ. Oratio enim Divi Marci idcirco quatuor menſibus finit certas uſuras, quia poſt quatuor dominium dedit. L. 52. §. 10. Pro ſocio

1. Autumnus; *Quod Papinianus reſpondit in hoc §. nullam habet rationem; quia iniquum eſt, ſocium ob refectionem in communem rem factam, alterius dominium conſequi, & oratio Marci Antonini Imperatoris, quæ id ſancit, impiiſſimum tyrannum fuiſſe oſtendit. Ideo Haloander addit negationem & legit* NON *conſequi* Sed hanc meritò ut abſurdam emendationem rejicit Anton. Auguſtinus *lib. 4 Emend. c.* 17. Quid vero movet Autumnum cenſorem, ut tam horrendum intonet, improbiſſimæ tyrannidis arguendo Imperatorem Philoſophum, & omnium, qui Romæ vixere, præſtantiſſimum? Fuit, ut hinc liquet, Conſtitutio Divi Marci, non

non relata in Corpus Juris, obſervata tamen, ut teſtatur Philippus in *l. 4. C. de Ædif. Privat.* & fuit hujus ſententiæ. Si communes fuerint ædes, alterque ſocius ad refectionem conferre detrectet, alter refectionem ſolus perficere poteſt. Partem autem impenſarum repetet, cum uſuris certis, ut bis in *h. l.* 52. §. 10. habetur, cum *centeſimis*, ut eſt *in d. l.* 4. Unde quidam & hic pro *certis* legunt *centeſimis*. Idque intra quatuor menſes; diutius uſuræ non currunt. Elapſis quatuor menſibus, Lex addicit ei pro impenſis, dominium partis ejus, qui reficere noluit: Ut tamen ſi malit impenſas & id quod intereſt ſua, quàm integrum domus habere dominium, Pro ſocio actionem in id quod intereſt, poſt quatuor menſes adhuc movere poſſit, etiam, ut Faber rectè diſputat, cum uſuris opinor, centeſimis. Hæc fuit Conſtitutio, Divi Marci, quam tyrannicæ crudelitatis arguit Autumnus. Immerito ac inſulſe, credo etiam inconſiderate, Antoninum accipiendo ſorte pro Caracalla Antonino, qui vere fuit impiiſſimus tyrannus, cum Marco nihil fuerit ſanctius & ſapientius.

2. Quid ergo movit Imperatorem Philoſophum, ut ſocium ob negatas impenſas reſtitutionis ædium, condemnaret in uſuras Centeſimas, quarum rariſſima præſtatio eſt, & deinceps rei ſuæ dominio mulctaret? contra Antonini Pii reſcriptum, quod nemini jus ſuum eſſe auferendum declarat in §. *ult. Inſt. de His qui ſui vel al. jur.* Defenſio Marci non eſt difficilis; Ex iuſtâ cauſa, non eſt inſolens, propter delictum, vel utilitatem publicam, jure dominii ſui aliquem privari, ut idem Antoninus Pius in *d.* § *ult.* ipſe docet. Ejusmodi ratio duplex eſt in hac causâ. Nam Juris Romani auctores ſummo ſtudio id egiſſe, ne domuum ruinis occaſio daretur, ſatis conſtat. Quo reſpectu jam olim Lex XII tabularum negavit domino vindicationem tigni ſui ædibus alienis juncti §. *cum in ſuo* 29. *I. de Rer. diviſ.* Cui accedit, ratio Communionis, quâ ſocium cogere non poteſt, ſed prohibentis potior eſt conditio, ut vidimus ad *l.* 28. *Comm. divid.* Hæc res domus communes neceſſitate ruinarum fere involveret, facili inter ſocios diſſenſione, ſuper refectione communibus impenſis faciendâ: Proinde vigore publicæ Conſtitutionis ſuccurrendum fuit integritati urbium, curandumque, ne facilitas diſſenſionis inter ſocios, utilitati publicæ domuumque refectioni noceret. Ex ejuſmodi causâ, aliquid pœnale conſtitui, ſummam habet rationem; nec à prudentibus in periculum Cenſuræ vocabitur. Servari tamen hanc Divi Marci Conſtitutionem, uſu noſtri temporis, non habeo quod neganti Groenewegio *ad l. 4. C. de Ædific. Privat.* in diverſum probem. Etſi in locis, in quibus Romanum jus exactè ſervatur, cur obſervanda non ſit hæc Conſtitutio, cauſam non video: Nec videt Brunnemannus ad *h. l.* 52. *& ad tit. C. de Ædif. Privat. n.* 26. Quamvis, *ait*, hunc acquirendi modum in deſuetudinem abiiſſe, velint Molinæus *de Uſuris n.* 57. Garcias *de Expenſis C.* 19. *n.* 4. Groenewegen *ad h. l.* huic tamen opinioni adſurgendum non eſt. Et ad *h. l.* idem Brunnemannus: Quod Groenewegius canit, hoc nihil ad nos, inquit. Nam licet forte Centeſimæ uſuræ hoc caſu non amplius admittantur, commiſſio tamen dominii non eſt pro abolita habenda, ut probat Thomas Merkolbachius inter Conſil. Klockii *vol.* 2. *Conſ.* 67. *n.* 13. *& ſeqq.* Hæc Brunnemannus; Cui non gravate adſentiar. Quid vero cautionis, de facto, ſocius; ut conſtet, alterum

Digitized by Google

terum contumaciter & præfracte noluiſſe concurrere ad refectionem ædium neceſſariam, adhibere debeat, ipſa res ſatis indicat.

Ulpianus Lib. xxx. ad Sabin. & Pomponius Lib. XIII. ad Sabinum.

Quod autem ex furto vel ex alio maleficio quæſitum eſt, in ſocietatem non oportere conferri, palam eſt: Quia delictorum turpis atque fœda communio eſt. Planè, ſi in medium collata ſit, commune erit lucrum. Quod enim ex maleficio contulerit ſocius, non aliter recipere debet, quàm ſi damnatus ſit. Si igitur ex hoc conventus fuerit, qui maleficium admiſit, id quod contulit, aut ſolum, aut cum pœna auferet. Solum auferet, ſi mihi proponas, inſciente ſocio, eum in ſocietatis rationem hoc contuliſſe. Quòd ſi ſciente, etiam pœnam ſocium agnoſcere oportet. Æquum eſt enim, ut, cujus participavit lucrum, participet & damnum. L. 53. l. 54 l. 55. Pro ſoc.

1. Bona atque honeſta oratio eſt, Delictorum eſſe turpem atque fœdam communionem *l. 53. & 55. h. t.* Sed non minus eſt difficile, perfecte eſſe juſtum; ut ultima primis reſpondeant, quod in his locis fieri non videtur. Nam quod ſocius ex causâ turpi in ſocietatem contulit, ſive ignaro, ſive ſciente ſocio, id fieri commune, teſtatur, Ulpianus hic. Et rurſus, ſi maleficii auctor condemnatus ſit ad reſtitutionem, ſocius alter quod percepit, hoc etiam reſtituere cogitur, & quidem ſimplum, ſi bonæ fidei fuerit; cum pœnâ, ſi gnarus delicti, collationem admiſerit. Hæc non videntur eſſe Eunomica: Nam ſi delictorum turpis & fœda, ſicut eſt reverâ, communio; turpia lucra non deberent ingredi ſocietatem, nec quidem ſi turpitudinis ignarus ſit alter ſocius. Aut ſi deinde reſciviſſet, reddere deberet ei, ad quem res jure pertinet, & cui per injuriam ablata fuit pecunia; Ne honeſta interpretatio, non honeſto quæſtu lucrum poſſeſſori faciat, ut de ſimili caſu philoſophatur Hermogenianus in *l. 52. d. Hered. petit*, ad quem locum *ſupra* diximus. Rurſus, cum ea, quæ in ſocietatem collata ſunt, pro parte tranſeant in dominium alterius ſocii, quo jure, delicti reus ad reſtituendum condemnatus ei quem fraudatus eſt, ſuam partem ſocio, maxime ſi fuerit ignarus maleficii, rurſus auferre poteſt? cum nemini è turpitudine ſuâ dari actionem tralatitii juris ſit.

2. Hujus Cenſuræ ſatis ſpecioſæ meritum ut expendatur, placet facti ſpeciem non infrequentis uſus proponere: Animadverſuris, an poſitiones harum legum in eâ tam deformes, quam in Cenſurâ exhibentur, ſint appariture. Vir & uxor habent Societatem, & Vir ex Alea, ex Furto non manifeſto, ſtupro, vel è ſordibus officii publici aliiſque malis artibus, quarum mille ſunt ſpecies, lucrum in Societatem infert conjugalem, uxore, ponè ſis, ignarâ, vel etiam conſciâ. Si res in ſpecie tertio ablata adhuc extet, illa profecto non poteſt ſocietatis propria fieri. Sed lucrum mediate ex ejuſmodi turpibus cauſis redactum, animo communicandi in ſocietatem collatum, fit neceſſario commune, nec poteſt aliter; quia lucrum ex re alterius redactum non eſt ejus, cujus fuit, ſed ejus qui fecit, etſi injuſte, ut arguit condictio, quæ datur illi, cui damnum eſt datum, non vin-

Digitized by Google

dicatio *l.* 23. *d. Reb. Cred. & ſeqq.* Ac ita poſitio *l.* 53. accipienda eſt; ſecundum quam, ſi lucrum illud improbum, ſciente ſocio, ſit communicatum, dicemus, id quidem jure poſitivo & externo commune fieri, verum non ſine peccato ſocii, admittentis illud turpe lucrum in communionem. Quod ſi alter cauſam turpitudinis ignoret; uxor, inquam, reſpectu ejus, quod maritus egit, communicatio illa prorſus eſt innoxia: cum altero caſu acquiſitio dominii fiat eo jure, quo ſæpe qui in re illicitâ verſantur, dominio potiuntur, etſi alio reſpectu plectuntur; ut is qui rem alienam ſuæ rei ſciens adjungit, quæ per acceſſionem ipſi acquiritur §. 26. *I. de Rer. div.* item qui ex alienâ re malâ fide novam ſpeciem facit, ut vidimus ad *l.* 12. §. 3. *ad Exhibend.*

3. Communicato ita inter ſocios improbo lucro, ſi poſtea ſocius auctor acquiſitionis illicitæ, ad reſtituendum condemnetur, hoc eſt damnum ſocietatis, ac ideo communioni decedit, quemadmodum prius acceſſit lucrum. Non eâ ratione, quod Socio turpitudinis reo, ex ſua malitia detur actio, ſed ex natura Societatis, quæ lucra & damna ſemper habet communia. Quod ſi poſt diviſionem ſocius delicti reus ſit condemnatus, non habebit actionem, cenſeo, contra veterem ſocium, ad repetendam lucri partem, ſive conſcius ille, ſive turpitudinis ignarus fuerit. Durante vero Societate, quod dicitur, Conſcientiam delicti ſocium facere participem pœnæ, ad quam pariter è re communi præſtandam, tenetur in *l.* 55. *h.* non habet periculum Cenſuræ; nec omnis, opinor, his locis comprehenſa doctrina.

Pomponius Lib. VIII. ad Sabinum.

Socius, cum reſiſteret communibus ſervis venalibus ad fugam erumpentibus, vulneratus eſt. Impenſam, quam in curando ſe fecerit, non conſecuturum pro ſocio actione, Labeo ait: quia id non in ſocietatem, quamvis propter ſocietatem, impenſum ſit: ſicuti ſi propter ſocietatem eum heredem quis inſtituere deſiiſſet, aut legatum prætermiſiſſet, aut patrimonium ſuum negligentius adminiſtraſſet. Nam nec compendium, quod propter ſocietatem ei contigiſſet, veniret in medium: veluti ſi propter ſocietatem heres fuiſſet inſtitutus, aut quid ei donatum eſſet. L. 60. §. 1. *Pro ſocio.*

Ulpianus Lib. XXXI. ad Edict.

Secundum Julianum tamen, & quod medicis pro ſe datum eſt, recipere poteſt. Quod verum eſt. L. 61. *Pro ſoc.*

1. Reprehendit Autumnus, quod Pomponii ſententia tam prolixe refertur in *l.* 60. §. 1. Et *in l. ſeq.* una litura deletur. Quorſum illa contraria juxta ſe poſita? Quid opus fuit in Pandectis conſpicii illam Juris Conſultorum diſſenſionem, de hoc quæſito, an ſocius particularis damna vis majoris, & quælibet fortuita ſocietati imputare poſſit? nam de Univerſali non potuit dubitari. Julianus etiam de particularibus ſociis idem adfirmavit *l.* 52. *h. tit.* Pomponius negavit,

Digitized by Google

vit, hac *l.* 60. §. 1. exemplo Mandati & aliorum Contractuum, de quibus à nobis actum *ad l.* 26. §. 6 *Mandati.* Sed Juliani ſententia de Societate prævaluit *d. l.* 25. & *hac l.* 61. Cui bono igitur ſententia Pomponii tam copioſè commemorata? Si propter continuitatem textuum Antinomia non eſt inter has *ll.* 60. & 61. quod ſane D. Mathæus Satuit de talibus, ut exemplo conſtat in *diſp. fundam.* 5. inter *l.* 5. §. *ult.* & *L. ſequ. de Rer. deviſ. junctâ l.* 6. §. *ult. d. Religioſ.* qua de re nos egimus in *part.* 2. *Digreſſ. lib.* 1. *cap.* 4. deformitatis & ineptiæ tamen excuſari non poteſt, quod improbata ſententia tam πραγματικῶς exponitur. Sed non habent rationem Cenſores, cenſeo. Tribonianum bene conſuluiſſe, quod nos Pomponii rationes minime ſpernendas latere noluit, exiſtimo: Nec enim dubitandi & in diverſum diſputandi rationes, de rebus in quaque diſciplina memorabilibus, ineptæ aut ſupervacuæ habendæ ſunt. Faciunt hoc præſtantiſſimi quarumvis Artium Profeſſores, ut ſæpe quod improbant, latius exponant, quam Veri probationem adſtruant, eo quod vero falſum plerumque verboſius eſt. Nec metuenda fuit confuſio Lectoris ſubjecta incontinenti contraria Juliani, quæ prævaluerat, ſententiâ, quam ſic legere oportet in *l.* 61. ut immediatè junctam *l.* 60. nec enim inſcriptionem nominum facere interruptionem, Juſtinianus præmonuit ſtudioſos, in *Conſt. Compoſ. Pand.*

Pomponius Lib. XIII. ad Sabiuum.

Si Titius, cum quo mihi ſocietas erat, deceſſerit, egoque, cùm putarem, Titii hereditatem ad Sejum pertinere, communiter cum eo res vendiderim; & partem pecuniæ ex venditione redactæ ego, partem Sejus abſtulerit: te, qui re vera Titio heres es, partem ad me redactæ pecuniæ ſocietatis judicio non conſecutum; Neratio, & Ariſtoni placebat: quia meæ duntaxat partis pretia percepiſſem, neque intereſſe, utrum per ſe Partes meas vendidiſſem, an communiter cum eo, qui reliquas partes ad ſe pertinere diceret. Alioquin eventurum, ut etiam ſi duo ſocii rem vendiderint, unusquiſque, quod ad ſe pervenerit partem alteri, ſocietatis judicio, præſtare debeat. Sed nec te ex parte, quam hereditatis petitione fortè à Sejo conſecuturus ſis, quicquam mihi præſtare debere: quia quod ad Sejum pervenerit, tuarum partium ſit. Nec adme habentem meum, quicquam ex eo redire debeat. L. 62. Pro ſocio.

1. Iniquam Pomponii ſententiam videri cenſet Autumnus, æquitati juriſque rationi potius convenire putans; ut verus heres hoc caſu bona defuncti quæ fuerunt in ſocietate, petat à poſſeſſoribus, qui ſunt duo, ſocius alter, & heres falſus, qui pro vero ſe venditavit. Speciem facti repetamus oportet. Primus & ſecundus ſunt ſocii: Primus moritur, me relicto herede è teſtamento, qui aberam. Agnatus proximus heredem ſe ferens Secundum provocavit ad diviſionem. Hic cum falſo herede res communes vendidit, & pecunias cum eo partitus eſt, quas ille fere conſumpſit, ut jam in totum ſolvendo non ſit. Ego Secundum convenio actione pro ſocio, ut quod adhuc habet ex Societate reſiduum, quod pro parte dimidia defuncti fuit, mecum communicet. Ille dicit; Habeo bonam fidem, ut in textu; non habeo plus mea parte, vel pretium partis meæ duntaxat.

De hoc, cum ad me jure pertineat, nihil tibi decidere cogor; heredem falſum convenire debes, idque probat Pomponius. Autumeus ait, Diviſionem, abſente vero herede, cum falſo factam ei non præjudicare *l.* 1. *l.* 14. *C. Famil. erciſc.* Sed hoc in illis textibus non habetur. Contrarium habuimus in *l.* 36. *Famil. erciſc.* de quâ in loco egimus: Id quod falſus heres judicio diviſorio conſecutus eſt, ab eo repeti non poſſe.

2. Verum aliud æquitatis argumentum obſtat; Cum è tribus ſociis, unus ſolidum conſecutus non eſt, hic ob inopiam ſecundi, contra tertium, qui ſolidum habet, agere poteſt, ut ſecum partiatur quod nactus eſt, ad æqualitatem; quaſi iniquum ſit, ait Ulpianus, ex eâdem ſocietate, alium plus, alium minus conſequi *l.* 63. §. 5. *h. t.* Sed hoc in aliâ prorſus ſpecie facti. Qui minus ibi nactus erat ſocius, cauſam detrimenti habuerat, ſocii, ut diximus, ſecundi inopiam; qui habet beneficium contra ſocios, ne teneatur ultra quam facere poſſit *d. l.* 63. *in p.* quod cum adverſus utrumque ſocium ex æquo valeat, utrumque damnum illud ferre, conſentaneum eſt. Longe etiam eſt alia ſpecies *in l.* 8. *d. R. Vind.* de qua in ordine ſuo diximus. Nihil eſt in iis locis, unde ſocius, qui bona fide res cum eo quem heredem eſſe credebat, vel pecuniam diviſit, nec plus quam ad ſe pertinet, habet, ad hoc pro parte reddendum teneatur. Nam ſi ſciſſet, eum eſſe falſum heredem, aliter dicendum foret, ut in *l.* 22. *pr. Famil. erc.* qui theſaurum in fundo communi effodit, & cum extraneo conſcio, quem nihil juris habere ſciebat, partitus eſt, heredi vero tenetur ad novam diviſionem. Pomponius æquitatem ſuæ ſententiæ facile tuetur.

Ulpianus Lib. XXXI. ad Edict.

Verum eſt, quod Sabino videtur: etiam ſi non univerſorum bonorum ſocii ſunt, ſed unius rei: attamen in id, quod facere poſſunt, quodve dolo malo fecerint, quò minus poſſint, condemnari oportere. Hoc enim ſummam rationem habet: cum ſocietas jus quodammodo fraternitatis in ſe habeat. L. 63. *in pr. Pro ſocio.*

1. Quomodo huic Textui conveniat cum *l.* 16. *d. Re Judic.* cum ſit Antinomicæ conſiderationis, heic præteribimus. Sed Rationem hanc, *cum ſocietas jus quodammodo fraternitatis in ſe habeat*, adſpernantur & inrident Pragmatici quidam ſcriptores. Nec eâ fieri, ut mores hodierni, res ex vero magis, quam prætextibus adfectatis æſtimantes, Sociis privilegium, ne teneantur ultra, quam facere poſſint, indulgeant, ut probat Groenewegius ad hanc *L.* & §. 38. *Inſt. de Action.* Idemque tradunt Bugnonius 1. *de LL. abrog.* 12. Autumn. *Confer. in l. miles* 6. *d. Re Judic.* Rebuff. *ad Conſtit. Reg. in proœm. gl.* 5. *n.* 91. Et præterea, ſi maximè ſociis hoc jus competat, abſurdam tamen eſſe rationem iſtam à Fraternitate, quia fratribus ipſis hoc jus & privilegium nuſquam datur, quod poſt alios animadvertit Wiſſembachius noſter in *Coroll. ad diſp. Pro Socio, tam in Pandect. quàm Inſt.* 1. Unde ſaltem ad locum Communem Rationum ineptarum & falſarum referri debeat hæc *αἰτιολογία*.

2. Reſ-

Digitized by Google

2. Reſponſio ad Primam Cenſuræ partem non eſt difficilis. Privilegium, ne ſocius ſocio teneatur, ultra quam facere poſſit, optimâ ratione, quæ eſt fides & humanitas, nititur. Unde ſi quis ſocium feſelliſſet, hunc in Virorum bonorum numero habendum non eſſe, putarunt Romani, u Cicero *pro Roſc.* teſtatur; cum in aliis Contractibus fides rupta citra infamiam conſiſtat. Quis eum quicum arctiſſimè nuper conjunctus fuit, humanitate ſalva, rebus omnibus, etiam ad vitæ exhibitionem neceſſariis exuere poſſit? Hoc ſi Galli negligunt (alios enim Scriptores à Groenewegio laudari non video) quis hanc potius incivilitatem, quam veterum gravitatem & benignitatem ſanctiſſima ratione ſubnixam putet imitandam? Nec de Germaniæ moribus adſentitur Brunnemannus *ad h. l.* Quod igitur Gallia ſecus, id nihil ad nos, ait idem in ſimili, ad *l.* 52. §. 2. *h. t.*

3. Ad alteram Cenſuræ partem, biſariam reſpondetur. Primo ab iis, qui fatentur, fratribus hoc jus non competere, pro quibus Anton. Faber *in Ration. ad h. t.* Ratio hujus rei petita eſt, inquit, *à fraternitate voluntariâ, deſcendente è Contractu inter ſocios, cujus favorabilior utique & plenior & potentior cauſa eſt, quam fraternitatis naturalis l. 52. §. idem Papinianus 6. h. t. Majorem ergo reverentiam ſibi invicem ſocii debent, propter hanc fraternitatem voluntariam, ut poſt Papinianum Ulpianus loquitur in d. §. 6. quam illi, quos natura, non voluntas fecit fratres, quorum quam rara ſit gratia & concordia, ipſis rerum experimentis, nimis certè compertum eſt.* Sed vereor, ut hæc ratio Cenſoribus ſatisfaciat, iiſque perſuaderi poſſit, minorem eſſe acerbitatem & deformitatem in ἀστοργίᾳ quâ fratres germani ſe invicem ad interulam uſque excuſſos, aliorum miſericordiæ, quam ipſi nullam habent, exponunt, quam fratres adſcititiâ & pecuniæ cauſâ conjuncti. Probabilius alii, privilegium hoc ad fratres, argumento hujus Legis, extendendum putant, ut Duarenus ad *l.* 16. *d. Re Judic. Prælect.* 23. Mynſinger. *ad* §. 38. *Inſt. de Act. n.* 3. Sneidwin. *ibid. n.* 2. Zang *p.* 2. *de Except. c.* 15. *n.* 9. Caſp. Manz. *in tract. de Patroc. Paup. decad.* 3. *qu.* 1. *n.* 20. Quibus præter hanc rationem Ulpianæam ſatis arguendi validam, favet hæc ratio; quod frater ad inopem fratrem alendum teneatur, probari & obſervari ſolet *ex l.* 13 §. *ult. d. Adminiſtr. Tut.* Si quem igitur non movet dictum Veteris ſcholæ, *propter quod unumquodque tale eſt, illud magis tale eſt*, quam Regulam invertit in hac quæſtione Wiſſembachius noſter *in d. Coroll.* faxit tamen ita cogitet; Nec Ulpianum his verbis fruſtra uſurum fuiſſe, ut à jure fraternitatis ad ſocietatem concluderet, ſi fraternitati ipſi non idem tribueret; neque fratrem ad egeſtatem redigere poſſe eum, quem ad incitas redactum exinde ſublevare cogeretur. Hæc reſponſio & collectio nobis & dialectica & juridica ſatis videtur, ut Cenſuram evitare liceat.

Digitized by Google

Ulpienus Lib. xxx. ad Edict.

In heredem quoque ſocii pro ſocio actio competit: quamvis heres ſocius non ſit. Licet enim ſocius non ſit, attamen emolumenti ſucceſſor eſt. Et circa ſocietates vectigalium, ceterorumque idem obſervamus, ut heres ſocius non ſit, niſi fuerit adſcitus: verum tamen omne emolumentum ſocietatis ad eum pertineat; ſimili modo & damnum adgnoſcat, quod contingit, ſive adhuc vivo ſocio vectigalis, ſive poſtea. Quod non ſimiliter in voluntaria ſocietate obſervatur. L. 63. §. 8. Pro Socio.

1. Societas adeò morte finitur, ut nec ab initio paciſci poſſimus, ut heres etiam ſuccedat ſocietati *l. 35. & l. 59. in pr. h.* Quid hac in re re myſterii eſt, ut, cum regulariter Contractus ad heredes tranſeant, Societas ne quidem expreſſo pacto hereditaria fieri poſſit? Cujacius obſcuram fatetur eſſe rationem in *l. 10. Obſ. c. 25.* Reddit autem hoc modo; *Finge, contractâ inter me & te bonorum omnium ſocietate, conveniſſe nos in ipſo negotio, ut me mortuo, continuares eam cum Patruo meo,* herede meo præſumpto ſcilicet. *Non valet pactio, quia non potui me ipſum quaſi quodammodo capite minuere, conſtrictâ mihi libertate teſtandi, cuilibet civi Romano jure publico conceſſâ. Nam ſi ſtandum eſt pacto, non alii potero bona mea relinquere, quam Patruo. Sed eadem tamen intervenit ratio, ſi convenerit, ut continuaretur ſocietas cum filio meo. Quod ſi nulla certa perſona heredis demonſtrata ſit, jam illâ ratione refellam pactionem, quod incerta perſona ſit is, in quem poſt mortem meam ſocietas confertur.* Sed hæ rationes ſunt ejuſmodi, ut dubitem, an per has Eunomiæ ſatisfiat. Negabit enim Cenſor, ejusmodi pacto teſtamenti factionem auferri, & merito. Faciat heredem quem volet ſocius ille: quis, quo jure evertet teſtamentum? ſocius alter, an Patruus? neuter habet ullam juris ſpeciem, ne quidem filius ex hac cauſa. Sed pactum ſocietatis in nomen certi heredis erit in ſuſpenſo; alio herede inſtituto, evaneſcet; quia fruſtra alii paciſcimur. Si factus erit heres idem, in quem ſocietas collata eſt; quem caſum oportet contrahentes ſpectaverint; quid impedit pactum habere effectum? cum illa quidem ratio probata Cujacio, tum penitus ceſſet. Nec incertitudo heredis generaliter comprehenſi per ſe eſt in cauſa pacti non valentis. Nam incertitudo perſonarum non vitiat amplius, jure novo, contractum aut teſtamentum, ſi modo eventus certam perſonam detecturus ſit §. *ſed nec 27. I. de Legat.* quemadmodum hic evidenter futurum eſt.

2. Nihil eſt verius, quam quod eſt ſimplicius & indoctius, τὸ ἀμαθέστερον, σαφέστερον; non poſſe ad heredem tranſire ſocietatem, cum effectu obligationis: quia hoc naturæ ſocietatis repugnat, quæ eſt hæc, ut certæ perſonæ induſtria eligatur, quæ non eſt in cujuslibet heredis perſonâ, idque Juſtinianus indicat in §. 5. *I. de Societ.* An hoc vero non ceſſat, ubi certus heres eſt nominatus? Ita videtur. Et textus citati, negantes ſocietatem ad heredem tranſire, de herede ſimpliciter dicto loquuntur. An igitur pactum, de ſocietate ad certum heredem nominatim transmittenda, valet? Non auſim dicere, tam forti adſeveratione contraria, in *l. 59. in pr. Adeo morte ſocii ſolvitur ſocietas,* ait Pomponius,

ut nec

Digitized by Google

ut nec ab initio paciſci poſſimus, ut heres etiam ſuccedat Societati. Nec tamen Cujacii ratio placet: hæc magis; Societas quaſi officium perſonale eſt, quod non niſi conſenſu in ipſo actu ſpecialiter adhibito, initur & acquiritur. Hoc dicit Ulpianus; *Nemo poteſt ſocietatem heredi ſuo ſic parare, ut ipſe heres ſocius ſit l. 35. h.t.* Res pendet aſſiduo à voluntate ſingulorum, & ſolvere cum volunt ſocietatem, poſſunt §. 4. *I.h.t.* Res quaſi meræ facultatis eſt. Cui accedit, quod etſi nominatus heres, tamen non eſt certus. Poteſt enim alius inſtitui, non obſtante pacto.

3. Sed eſt alius Eunomiæ ſcrupulus in hoc §. Habetur enim hic; etſi heres non ſit ſocius, emolumentum tamen & damnum ad eum pertinere, ſive adhuc vivo ſocio, ſive poſtea contigerit: Quod non ſimiliter in voluntaria Societate obſervetur. Eſt tamen voluntaria Societas, quæ ab initio liberâ voluntate initur, oppoſita neceſſariæ & hereditariæ, in quam heres incidit, quâ de re & de toto hujus §. ſenſu prolixe Cujacius 1. *obſ.* 25. & latius Anton. Faber *in Rational.* hic diſputant, minime convenientes & magis intricantes difficultatem: quæ in hoc I. conſiſtit, quomodo heres non ſit Socius, & tamen omnem habeat effectum Societatis. II. quâ in re conſiſtat effectus differentiæ inter ſocietatem voluntariam & hereditariam. III. An nulla ſit hac parte diverſitas inter ſocietatem privatam & vectigalium ſocietatem, quæ videtur in hoc §. negari, cum diſertè adfirmetur à Pomponio *in l. 59. h.t.* ubi, poſt verba *ſuperius* inde transſcripta ſubjungit; *Hæc ita, in privatis Societatibus: At in ſocietate vectigalium manet Societas & poſt mortem.* Sed ITA DEMUM, ſi pars defuncti ad perſonam ejus adſcripta ſit, ut heredi quoque conferri oporteat. E quibus verbis nova difficultas oritur. IV. Quomodo ſingulare ſit in ſocietate vectigalium, & illa poſt mortem maneat, cum hoc non fiat, niſi heres in ſocietatem fuerit adſcitus *h. l.* §. 8. quod nec aliter in communi & privatâ Societate ſe habet, ut res loquitur, & diſerte ſcribit Ulpianus in *d.l.* 63. §.8.

4. Hæc non eſſe Antinomicæ, ſed Eunomicæ conſiderationis apparet, à nemine adhuc explicita, ut Cujacius obſervat, quem tamen refellit Faber, & Accurſium melius gloſſatum eſſe putat. Ipſe nimis argutando rem, ut ſolet, aliquanto facit intricatiorem. Nos ut poterimus, ad omnes pariter ſcrupulos reſpondebimus, ita ut ſingulis facile applicari poſſit articulis oppoſitionis. Voluntaria Societas ſimpliciter eſt ea, quæ ſpeciali ſociorum conſenſu initur; cui opponitur hereditaria, in quam incidunt heredes, ex neceſſitate rerum, quas defunctus cum reliquis ſociis habuit communes. Hæc propriè non Societas, ſed Communio eſt, quarum differentiam tradit Juſtinianus in §. 3. *I. de Obl. ex qu. Contr.* etſi impropriè vocatur *Societas hereditaria*, à Cicerone in *orat. pro Quinct.* quem idcirco *malum JurisConſultum*, ut Faber eum citat, nolim appellatum Quoniam & *Socii* in Jure paſſim vocantur, qui rem, ſine conventione ſpeciali, habent communem §. 3. *I. de Obl. ex qu. Contr. l.* 19. & *l.* 34. *d. S. R. P.* aliiſque locis à Briſſonio in, *Socii*, adductis. Quod autem rebus ſociorum inter ſe implicitis, lucrum & damnum inde reſultans commune ſit: Idque non ſocietati, ſed Rerum Communioni ſit imputandum, in privatis etiam ſocietatibus, docet Paulus, ex ſententia Labeonis in *l.* 65. §. 2. *Si in rem certam emendam, conducen-*

Digitized by Google

ducendamve coita ſit ſocietas: tunc etiam poſt alicujus mortem, quicquid lucri detrimentive factum ſit, commune eſſe, Labeo ait. Item in §. 9. d. l. 65. *Morte unius ſocietas diſſolvitur, etſi conſenſu omnium coita ſit, plures verò ſuperſint: niſi in coëunda ſocietate aliter convenerit. Nec heres ſocii ſuccedit. Sed quod ex re communi poſtea quæſitum eſt: item dolus, & culpa in eo, quod ex antegeſto pendet, tam ab herede, quàm heredi præſtandum eſt.* In quibus verbis eſt limitatio notabilis; Heres ſocii lucratur id, quod ex re communi, poſt mortem quoque ſocii, acquiſitum eſt, jure dominii, & Acceſſionis communis, non ſocietatis. De dolo autem & culpa non niſi ex antegeſto tenetur, ex perſona defuncti, ut heres, non ut ſocius. Ac ita in Privatis Societatibus, ut textus illi de talibus agunt. Sed in Vectigalium Societate ſecus eſt hac parte; Nam ibi veniunt etiam Præſtationes lucri & damni, *ſive adhuc vivo ſocio vectigalis, ſive poſtea*, contingant, §. 8. *l.* 63. *d. l.* 59. quod non eſſe ita in voluntaria ſocietate ſubjungit Ulpianus *in* §. 8. voluntatiam ibi *ſtricto ſenſu*. vocans privatam, quæ non habet neceſſitatem publicam, ut illa vectialium.

5. Hactenus in neutra ſpecie, nec privata neque de vectigalibus, ſocietas ipſa tranſit in heredem, ſed communio rerum duntaxat. Socii non fiunt, niſi pro talibus adſciti ſint, & pars defuncti ad perſonam heredis adſcripta fuerit *d. l.* 59. & *l.* 63. §. 8. tam in Vectigalibus quam in aliis rebus. Quamdiu hoc non eſt factum, actio Pro ſocio de rebus, quæ poſt ſocii mortem evenerunt, non datur, ſed actio communi dividundo. Si quid interſit roges, hæc ad diviſionem duntaxat & ſeparationem communionis; altera datur ad præſtationes durante ſocietate uſu venientes, & ſupponit continuationem ſocietatis, & quicquid præterea inter contractum Societatis & quaſi contractum Communionis intereſt. Ita omnibus ſatisfactum eſſe puto difficultatibus, excepta forte tertia, quæ contingit & ultimam: quomodo in *l.* 59. Societas vectigalium diſtinguatur à privata; in eo, quod tranſit ad heredem; cum id tamen non fiat, *niſi pars defuncti ad heredem tranſcripta ſit*, quo ſenſu etiam privata ſocietas ad heredem tranſmitti poteſt, ubi heres in ſocietatem adſcitus fuerit, ut eſt in *h. l.* 63. §. *ult.* quæ videntur eſſe eadem. Sed ego hanc difficultatem aliter ſolvi non poſſe video, quàm ſi dicamus, non eſſe idem, in *ſocietatem adſcitum* eſſe, *h.* §. 8.. & *partem* defuncti ad heredem *adſcriptam* eſſe *d. l.* 59. etſi Cujacius & Faber hæc pro iiſdem habeant. Adſcitum eſſe, pertinet ad perſonam; *partem adſcriptam*, ad res. Heres non fit ſocius niſi adſcitus ſit. Arctior communio rerum, quæ pertinet etiam ad ea quæ poſt mortem ſocii acciderunt, contrahitur, *per adſcriptionem* partis quam defunctus habuit, in perſonam heredis; per quam ſocietas hactenus ad heredem tranſit, *ut heredi quoque conſerri oporteat*, non ut ipſe fiat ſocius. Ita res in eo definit; Quod inter poſitiones Juris, à Regula, quod Societas ad heredem non tranſeat, exceptio ponitur, in Societate Vectigalium *l.* 59. *h. t.* ut fieri ſolet, id minime tam ſimplex & obvium eſſe intellectu, quam vulgo collocari ſolet. Denique, & hinc colligitur ratio dicti in *l.* 74 *h. t. Nullam* eſſe in æternum Societatis coitionem; Etſi in perpetuum iniri poſſit, hoc eſt, ad vitam.

Ulpia.

Digitized by Google

Ulpianus Lib. xxxii. ad Edict.

Cum ſocietas ad emendum coiretur: & conveniret, ut unus reliquis nundinas, id eſt epulas, præſtaret, eoſque à negotio dimitteret: ſi eas eis non ſolverit, & pro ſocio, & ex vendito cum eo agendum eſt L. 69. Pro Socio.

1. Hujus Legis orationem & ſententiam eſſe ineptam, nec intelligibilem, cenſet Cujacius 4. *obſ.* 17. quod caput ita incipit; *A quo tempore juri civili operam dare cœpi, nulla me lex diutius torſit, quam Lex Cum ſocietas D. Pro Soc. nec plane etiam nunc auſim dicere, eam à me Legem intelligi. Afferam tantum probabilia quædam. Ita Cujacius.* Sed non invenit exitum, niſi hoc modo legat ex aliis editionibus, exploſâ Florentinâ; *Cum Societas ad emendum coiretur, & conveniret, eaſque ad negotium dimitteret.* Hactenus quidem mihi nunquam viſa fuit tam deſperata legis hujus difficultas, quatenus hæc emendatio patet; ut quandoque parum abfuerit, quin exemplum hoc inter ea, quibus aliquando nimiam eruditionem hominum judicio præſtringere videmus, collocandum putaverim. Mihi ſemper, inquam, Lectio Florentina, in his equidem verbis, quæ Cujacius, Haloander, & Faber emendant, ſatis integra, neque tam obſcura vel abſurda, quam tropicæ & minus uſitatæ ſignificationis viſa ſunt. In pacto hujus loci fuit, ut unus è ſociis emendi, reliquis *nundinas præſtaret.* Quid per Nundinas præſtandas ſignificaverint, explicat Ulpianus idem, ut ille ſolus impenſas in nundinis faciendas ferret, tam in Epulis, quam in reliquis ſumptibus ab initio ad finem, ita ut *ipſi à negotio dimitterentur*, id eſt, liberi è negotiatione nundinaria domum redirent, hoc eſt ἀτελεῖς ποιῶσι, ut Baſilici. Diceres vernaculè, **Vry houden in de merkt.** Ad merces ipſas, vel earum pretia referre nundinarum præſtationem, ut aliis viſum, enorme & abs re eſt. Societas enim ad emendum requirit, ut omnes ſocii pretia mercibus emendis conferant. Pactum de nundinis eſt acceſſorium Societati, adeoque de ſumptibus diætæ, ac itineris. Fuit qui per *Epulas* intelligi merces Latine contendit ex Varrone de R. R. II. *c.* I. ubi; *Scire oportet in grege, quot feminas habeat, quæ parere poſſint, quot arietes, quot utriuſque generis ſoboles, quot Epulæ ſint alienandæ.* Sed omnes quidem Interpretes mendum eſſe merito credunt. Adeo certe obſcura & ignota vox eſt in hoc ſenſu, ut Ulpianus obſcurum per obſcurius explicaſſet, dicendo, nundinas, id eſt, *epulas.* Deberet iterum addi; *Id eſt, merces.* Apud Varronem potius *pullæ* ſcriptum ſit, vel *è pullis*, pro *Epulæ.* Præſtandi verbum latè varieque ſumi, notum eſt. Quomodo perſonales *præſtationes* inter ſocios & qui res communes habent, inprimis multa variaque complectuntur, ut ſatis conſtat ex *l.* 1. *l.* 4 §. *ſicut. Comm. divid.* & paſſim. Quòd ſi quis nundinarum præſtationem, illo, quem diximus, ſenſu referat, nihil, opinor inſolens, aut inexpectatum dixerit. *Præſtare Rempublicam* ſcripſit ad Atticum Cicero; Ita, cum videri ſe obligatum, ad præſtandam filio Rempublicam, id eſt, liberum ejus uſum exhibendum, ſignificat, 10. 4. Eſt ſane Tropus in *nundinis*, ſed à negotio minime alienus, & ultro ni fallor, in ſenſum incurrens; quod qui illas præſtare conſtituit, ad liberum

nundinarum uſum teneatur exhibendum. *Sponſalia præbere* non diſpari ſenſu dixit Tullius ad *Qu. Fr. ep.* 6. Dimittere à negotio, quemadmodum expoſuimus, mihi quidem magis, quam *admittere*, vel *demittere ad negotium*, placet.

2. Præcipua difficultas ſedet extra emendationem; quid actio ex vendito ſibi velit, adverſus eum qui non præſtitit nundinas: Nam Pro ſocio actio ſponte ſe prodit. Cujacius actionem ex vendito dari cenſet ei, qui merces reliquis ſociis vendidit, etiam contra eum, qui promiſit epulas, quaſi & ipſe emiſſe videretur. Idem Marquardus Freherus 2. *parerg.* 29. qui ut hoc facilius obtineat, verba finalia trajicit hoc modo: *Et pro ſocio, ſi eas non ſolverit, & ex vendito cum eo agendum eſt.* D. Wiſſembach in *diſp. ad Inſt. & ff. de Societate ad h. l.* 63. *th.* 6. actionem ex vendito dat venditori epularum, pro conſequendo illarum pretio. Anton. Faber iiſdem utramque dat actionem, ſociis; quia cum merces communi nomine ſint emptæ, ſocii propter id quod intereſt epularum nomine, eum, qui non ſtetit promiſſo, conveniant pro Socio, quia pactum ſocietati eſt adjectum, aut ex vendito, quaſi merces ipſe vendidiſſet. Hæc utraque reſponſio poſterior quæſita, nec tantum non obtorto collo huc adactæ videntur, nec habet ſpeciem veri. Cujacii & Freheri interpretatio ſpreta Fabro & Wiſſembachio illis præferenda videtur, hoc modo explicanda; Merces communiter emptæ ſunt, Venditor contra omnes & ſingulos emendi ſocios habet actionem ex vendito, etiam adverſus eum, qui nundinarum præſtationem in ſe recepit: Eſt enim unus ſociorum. Reliqui ſocii pro non præſtitis epulis ſumptuque reliquo actionem pro ſocio quominus habeant, non dubitatur. Ita nihil hærendum, quin utraque & ex vendito & pro ſocio detur actio, non tamen iiſdem perſonis. Non videtur hæc res è genere difficultatum inſuperabilium. Denique, ne Freheri quidem emendatione opus eſſe, probat, ni fallor, expoſitio quam dedimus.

Paulus Lib. III. Epitom. Alphen. Digeſtor.

Duo ſocitatem coierunt: ut gramatica docerent, & , quod ex eo artificio quæſtus feciſſent, commune eorum eſſet: de ea re quæ voluerunt fieri, in pacto convento ſocietatis proſcripſerunt: deinde inter ſe his verbis ſtipulati ſunt: Hæc, quæ ſupra ſcripta ſunt: ea ita dari, fieri? neque adverſus ea fieri? Si ea ita data, facta non erunt, tum viginti millia dari? *Quæſitum eſt, an ſi quid contra factum eſſet, ſocietatis actione agi poſſet. Reſpondit: ſi quidem pacto convento inter eos de ſocietate facto, ita ſtipulati eſſent;* Hæc ita dari, fieri ſpondes? *futurum fuiſſe, ut, ſi novationis cauſa id feciſſent, pro ſocio agi non poſſit, ſed tota res in ſtipulationem tranſlata videretur. Sed quoniam non ita eſſent ſtipulati*, ea ita dari, fieri ſpondes? *ſed*, Si ea ita facta non eſſent, decem dari? *non videri ſibi, rem in ſtipulationem perveniſſe, ſed duntaxat pœnam. Non enim utriuſque rei promiſſorem obligari, ut ea daret, faceret, &, ſi non feciſſet, pœnam ſufferret. Et ideo ſocietatis judicio agi poſſe. L.* 71. *in pr. Pro ſocio.*

1. Docet hic Paulus evidenter *in poſterioribus verbis*, per ſtipulationem pœnalem non fieri novationem, ſed explicari duntaxat obligationem Principalem, ut

ut pœna commiſſa vel peti, vel è Principali contractu adhuc agi poſſit: Electionem ut habeat Creditor, ſi forte principalis actio difficilis ſit probationis, ut docet Juſtinianus *in §. ult. Inſt. de Verb. Obl.* & nos *in Prælect. ad d. Tit. in fin.* Wiſſembach. *diſp.* ad *Inſt.* 33. *th.* 24. ubi plures auctores. Paulus hic porrò diſtinguit, utrum contrahentes conventioni Societatis ſubjecerint ſtipulationem, quâ ſe daturos, facturos quod convenerat, promiſerint; an per modum conditionis, ſi dicta non impleſſent, hoc aut illud darent, facerent. Priore modo per ſtipulationem videri factam eſſe novationem, ſi talis contrahentium animus fuerit; poſteriore caſu nihil mutationis in re ipsâ evenire, ſed pœnam ſolummodo adjectam cenſeri; ita ut Stipulator, vel rem ipſam vel pœnam petere poſſit, & habeat, quo contentus ſit alterutro.

2. Utraque pars hujus ſententiæ habet difficultatem Eunomicam. Cum enim alicui negotio, quod proprium contractus nomen habet, ſtipulatio adjicitur; non duo contractus eſſe intelliguntur, quorum prior per ſtipulationem novetur, ſed unus tantum eſt Contractus. *Cum pecuniam mutuam dedit quis ſine ſtipulatione, & ex continenti fecit ſtipulationem, unus contractus eſt l. 46. §. 1. d. V. O.* Sed qualis? Mutuum, an Stipulatio? vel ut hic eſt, Societas, an Stipulatio? Dicendum videbatur, Mutuum, Societas; quoniam hi ſunt Contractus principales; ſtipulationes acceſſoriæ ſunt, & pendent à negotio contracto, cui adjiciuntur in tali ſpecie, qualis eſt in *l. 5. pr. verſ. Conventionales d. t. de V. O.* Adeoque nihil aliud erant, quam negotium ipſum, & unum idemque *verbis ſtipulationis concluſum*, ut loquitur Papinianus *in l. 8. d. Præſcr. verb.* plane, quemadmodum hodieque in Inſtrumentis Contractuum, poſt rem & conventionem enarratam, ſubjungitur Clauſula, qualis hic; *Quæ ſupra ſcripta ſunt, ea ita dari fieri, neque adverſus ea fieri;* ſed partes ſibi mutuo *effectum conventionis fideliter eſſe præſtituras.* Quibus verbis, nihil aliud quam quod eſt in hac priore formulâ interentibus, novationem fieri, nulli unquam his quidem diebus in mentem venit. Attamen Romanis aliter viſum fuit. Stipulatio prævalebat & totum occupabat negotium: Adeò, ut ne quidem novatio fieret *l. 7. d. t. de Novat. Cum enim, pecuniâ mutuo datâ, ſtipulamur, non puto obligationem numeratione naſci, & deinde eam ſtipulatione novari: quia id agitur, ut ſola ſtipulatio teneat. Et magis implendæ ſtipulationis gratia numeratio intelligenda eſt fieri.* Quod tamen *hic* aliter ſcriptum; eſſe novationem, quando tota res in ſtipulationem transfertur eâque comprehenditur. Verum hæc diſcrepantia non eſt tanti: Eſt novatio, ſi factum reſolvas, & cogites, primo fieri conventionem de Societate; mox additâ ſtipulatione, fieri Stipulationem & novam obligationem. Rurſus utrumque fit uno contextu, & è continenti; Non ſunt duo negotia, duo contractus, Unus eſt actus in ſtipulationem deſinens. Novatio ſeparata negotia ſupponit, quæ hic non reperiuntur. Verumenim vero res Indicat, cum reverâ duæ conventiones celebrantur, Primo Societas, mox Stipulatio, nihil obſtare, quominus etiam, ſi partes velint, ſeparatæ manere poſſint, nec Stipulatio tollat, vel abſorbeat Mutuum aut Societatem; ſed confirmet illos principales contractus, ſi non ſit animus novandi contrahentibus, *in verbis h. l. Futurum fuiſſe;* ut, *ſi novationis cauſâ id feciſſent, Pro Socio*

agi non poſſet. Ergo, ſi alia mens fuerit contrahentium, manebit Societas & actio Pro ſocio, quod probat Ulpianus *in l. 2. d. Novat. Omnes res tranſire in novationem poſſunt. Quodcumque enim ſive verbis contractum eſt, ſive non verbis, novari poteſt, & tranſire in verborum obligationem ex quacunque obligatione: dummodo ſciamus, novationem ita demum fieri, ſi hoc agatur, ut novetur obligatio. Ceterum, ſi non hoc agatur, duæ erunt obligationes.* Quod autem Faber, illam mentem ſemper arguit fuiſſe contrahentibus, niſi probetur aliud conveniſſe, non liquet ex *l. 30. d. Jur. dot.* quam citat; Ibi enim Dos & matrimonium merito jungi præſumuntur, ut eſt natura negotii: ſed novatio eſt facti *d. l. 2.* Quæ vero facti ſunt, ea non præſumuntur, ſed probari debent: imprimis Novatio, poſt *l. ult. C. de Novat.* Magis igitur inclinat animus, ut in dubio non fuiſſe novandi animum exiſtimemus. Ne quidem ſi ex intervallo illa ſtipulatio ſubjecta fuerit, quo caſu Faber id habet indubitatum. Quod ſecundum mores hodiernos fortius, ut dictum, adfirmatur: quibus ejuſmodi clauſula ſtipulatoria nunquam facit novationem. Adde *l. 3. §. 1. d Act. Empt.* ubi poſt Stipulationem Emptioni venditioni ſubjectam, datur adhuc Empti venditi actio, & *l. 28. eod.* ubi clarius idem ingeminatur de ſtipulatione pœnali, non tolli per eam priorem, ſed electionem dari.

3. Sic igitur prima Stipulationis ſpecies ſe habet; quâ ſimpliciter contrahentes ſibi mutuo promiſere, ſervatum iri, quod inter eos convenerat, ut vel novatio fiat ex Societate in ſtipulationem, vel Societas maneat, & ſtipulatio tantum ſit ejus obſignatio, quemadmodum hodie ſemper, inquam, reputatur. Alterâ ſpecie Stipulationis, *Si, quæ dicta ſunt, ita non dentur aut fiant, decem dare ſpondes?* non videri ſcribit Paulus, *rem in ſtipulationem veniſſe ſed pœnam*, cum duo ſint contractus, Societas de re, Stipulatio de pœnâ: ſic, ut cum utraque rei perſecutoria ſit actio, concurſus earum electivus ſit, *l. 28. d. act. empt.* De hac Pauli ſententiâ, poſt multam diſputationem Faber ita Cenſorem agit; *Si verum amamus*, inquit, *cum ſtipulatio pœnalis ſemper habet conditionem illam expreſſam: ſi quod promiſſum eſt, factum non erit, aut, ſi contra factum erit: dicamus & admittamus ingenuè, per ſtipulationem pœnalem novari præcedentem ſtipulationem puram*, ſcilicet, *cum pœnalis ſtipulationis conditio extiterit.* Ita, ut ab initio quidem ſint duæ ſtipulationes, hac *l. 71. & d. l. 28.* ſed exiſtente conditione, prior obligatio in poſteriorem pœnalem transferatur, & prima ſic à pœnali tollatur, quæ eſt pleni ſenſus novatio. Ita Paulus idem hic noſter disertè in *l. 44. §. ult. d. Obl. & Act. Sed ſi navem fieri ſtipulatus ſum, &, ſi non feceris, centum: videndum; utrum duæ ſtipulationes ſint, pura, & conditionalis, & exiſtens ſequentis condicio, non tollat priorem; an verò transferat in ſe, & quaſi novatio prioris fiat. Quod magis verum eſt.* Rurſus idem de Legato Paulus adfirmat in *l. 24. Quand. di. legat. ced. Si penum heres dare damnatus ſit, vel ſundum; &, ſi non dediſſet, decem: ego accepi: & penum legatam, & tranſlatam eſſe in decem, ſi noluerit penum heres dare; & tunc pecuniam deberi; cum interpellatus fundum non dediſſet, &, ſi interea deceſſerit legatarius, tunc heredi ejus non niſi fundum deberi. Namque cum dictum eſt,* At Publicius fundum dato: *perfectum eſt legatum. Et cum dicit:* Si non dederit, centum dato: *ſub condicione fundi legatum ademptum videri, eo caſu, quo centum deberi cœperint. Quorum quia condicio vivo legatario non extiterit, fortè quia interpellatus heres non ſit:*

 evenerit,

evenerit, ut ademptio nihil egerit, fundique legatum duraverit. Plane, ſi ſic legatum ſit; ſi penum non dederit: decem dato: dicimus, non eſſe penum legatam, hoc eſt, ſi non fuerint duæ poſitiones legati tales, *Penum vel fundum heres dato: Si penum non det, centum dato.* Nam ſi una poſterior ſola ſit poſitio, non eſt ea ſpecies hujus quæſtionis. Certe hi duo textus Fabri cenſuram in *hanc l.* 71. valde faciunt probabilem.

4. Sed in contrarium vocant, cum Ratio, quod pœnalis ſtipulatio tantum in hoc ſerviat, ut principalis obligatio melius impleatur, non etiam tollatur, neque ut reſtringatur, ſed explicetur & augeatur facultas Creditoris: tum inprimis, quod Papinianus docet in *l.* 115. §. *ult. d Verb O.* Si ita concepta ſit ſtipulatio, *Pamphilum dare Spondes? ſi non dederis tantum dare Spondes?* vel id actum videri, *ut, ſi homo datus non fuerit, & homo & pecunia debeatur*; vel, ut ſola pecunia, non homo debeatur, ſi, videlicet, ita ſit cautum, *ut ſola pecunia, non ſoluto homine, debeatur.* Proinde ſi cautum ita non fuerit, non modo pecunia, ſed etiam homo debebitur, & ſic nulla erit novatio. Hoc etiam docet Scævola *in l.* 122. §. 2. *d. Verb. Obl. Flavius Hermes hominem Stichum manumiſſionis cauſa donavit, & ita de eo ſtipulatus eſt:* Si hominem Stichum, de quo agitur, quem hac die tibi donationis cauſa, manumiſſioniſque dedi, à te heredeque tuo manumiſſus vindictaque liberatus non erit: quod dolo malo meo non fiat: pœnæ nomine quinquaginta dari ſtipulatus eſt Flavius Hermes, ſpoſpondit Claudius. *Quæro, an Flavius Hermes Claudium de libertate Stichi convenire poteſt? Reſpondit, nihil proponi, cur non poteſt.*

5. His accedit, quod ſatis conſtat, etſi tam è principali contractu, quam è Stipulatione acceſſoriâ datur actio, concurſu electivo, ut una tollat alteram, ſi tamen in alterâ plus ſit, hanc eatenus ſupereſſe *l.* 41. *& ſequ. h. t. l.* 48. *d. Act. empt.* etiam videlicet, ex principali; ex quâ, ſi in ſtipulationem penitus transfuſa & extincta fuiſſet, actio dari non poterat. Quod autem Faber tenet, non eſſe novationem ab initio; eſſe, cum ab alterutro factum eſt contra quam convenit, & pœna commiſſa eſt, non poteſt ſatisfacere Eunomiæ. Nec enim quæſtio de novatione intellectum vel uſum habet ullum, antequam extiterit conditio, in quam pœna promiſſa fuit, eaque peti poſſit; Cum prius ſit, τ̃ μὴ ὄντων, *nihil* adhuc, ſed futurum ſperetur. Quid ergo ad textus objectos? Non poteſt videri Paulus à ſeipſo diſcrepare. Dicit, in caſu Stipulationis, pœnali ſubjectâ, in *d. l.* 44. §. *f.* non manere duas obligationes, cum effectu actionis; ſed cum ſtipulatio pœnalis in hunc uſum adjecta ſit, hac inſtitutâ, priorem obligationem ceſſare, ac ita *quaſi novationem*, ut eſt in textu, factam cenſeri. Non quod prior abſciſſe extincta ſit, cum utique adhuc ſuperſit, quatenus in eâ plus eſt, ut modo vidimus; ſed quia poſt alteram motam, altera, niſi de eo quod plus continet, amplius non datur *dd. ll. l* 44 *d V. O.* Quod attinet *ad objectam l.* 24. *Quand. di leg. ced.* ibi non eſt novatio; Sed duo Legata ponuntur, Unum penus, vel fundi purum; alterum pecuniæ, conditionale, ſi fundum vel penum non det. Exiſtente hac conditione, legatum fundi videtur ademptum, & pecunia eſt in petitione. Hoc in Legatis, ubi unius eſt voluntas tam adimendi quam legandi facilis, ſingularem habet rationem. Unde ad novationem in contractibus non procedit argumentum. Adde Wiſſembachium *ad Tit. π. de Verb. Obl. th.* 11.

Digitized by Google

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM XVIII.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Paulus Lib. XXXIII: ad Edict.

Sed, an ſine nummis venditio dici hodie quæ poſſit, dubitatur. Veluti, ſi ego togam dedi, ut tunicam acciperem. Sabinus, & Caſſius, eſſe emptionem & venditionem putant. Nerva, & Proculus, permutationem, non emptionem hoc eſſe. Sabinus Homero teſte utitur, qui exercitum Græcorum ære, ferro, hominibuſque vinum emere refert, illis verſibus, &c. in l. 1. §. 1. d. Contrah. empt.

Eandem veterum diſpceptationem refert & decidit Juſtinianus Auguſtus.

Item pretium in numerata pecunia conſiſtere debet. Nam in cæteris rebus, an pretium eſſe poſſet, valde quærebatur. Veluti an homo, aut fundus, aut toga alterius rei pretium eſſe poſſet. Et Sabinus & Caſſius etiam in alia re putabant pretium poſſe conſiſtere: unde illud eſt, quod vulgò dicebatur, permutatione rerum, emptionem & venditionem contrahi, eamque ſpeciem emptionis & venditionis vetuſtiſſimam eſſe: argumentoque utebatur Græco poëta Homero, qui aliquam partem exercitus Achivorum vinum ſibi comparaſſe ait, permutatis quibuſdam rebus, his verbis.

Ἔνθα

Ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοὶ,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βόεσσι,
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδιζειν. id eſt,

Hinc ſibi certatim gentis de more, comati
Vina parant Graji, ære dato, fulgenteque ferro,
Tergoribusque, bubus ſed & ipſis, mancipiiſque.

Diverſæ ſcholæ auctores contrà ſentiebant: aliudque eſſe exiſtimabant permutationem rerum, aliud emptionem & venditionem: alioqui non poſſe rem expediri, permutatis rebus, quæ videatur res veniſſe, & quæ pretii nomine data eſſe: nam utramque videri & veniſſe, & pretii nomine datam eſſe, rationem non pati. Sed Proculi ſententia, dicentis permutationem propriam eſſe ſpeciem contractus à venditione ſeparatam, meritò prævaluit: cum & ipſe aliis Homericis verſibus adjuvabatur, & validioribus rationibus argumentabatur: quod & anteriores divi Principes admiſerunt, & in noſtris Digeſtis latius ſignificatur §. 3. *Inſt. de Contrab. empt.*

1. Apparet, hic præferri ſententiam Proculjanorum, qui perpetuam inter Emptionem Venditionem, & Permutationem ſtatuebant hanc differentiam, quod in Permutatione Res pro Re; in venditione, Pecunia numerata detur: ſecus ac Sabiniani putabant. Cenſura Arnoldi Vinnii *in comment. ad hunc* §. 2. *Inſt. n.* 6. *Si quod res ſit, fateri*, inquit, *& liberè philoſophari volumus, verior eſt illa Sabini & Caſſii ſententia*, qui Venditionem quoque celebrari poſſe, ubi res pro rebus venduntur, exiſtimabant. Pro qua ſententia, contra eam, quæ à Juris Conditoribus approbata eſt, valde copioſeque diſputat Salmaſius *in tract. de Uſur. c.* 13. Præcipua ratio eſt, quod antiquiſſimi mortales, ante ſignatæ uſum pecuniæ, non fuere ſine emptione Venditione, nec eodem modo ſe habuere tum, qui rem comparare, eademque carere volebant. Naves, quæ vinum ex Lemno advexerant in Phrygiam, vendendi cauſa venerant, & Græci in caſtris ſiticuloſis emere cupiebant vinum. Quis dicet, eos qui æs ſolvebant, aliter ſe, quod ad emendi animum, habuiſſe, quam qui pelles & boves dabant? Mercatores in Orbem novum & Indias emendi cauſa proficiſcuntur, nec alium habent animum apud barbaros, quibus ſpecula, cultellos, ſuccina & id genus alia, quam quibus pecuniam dant in ſolutum. Unde labitur unica Proculi ratio, quod, ſi res pro re faciat emptionem venditionem, *expediri non poſſit, quæ pretii nomine data videatur. Cum utramque videri veniſſe & pretii nomine datam eſſe, ratio non patiatur.* Poſterius eſt veriſſimum, ſed prius evidenter falſum in exemplis commemoratis. Etiam in eo, quod Paulus in hac *l.* 1. §. 1. ſuggerit; Laërtes Euryclеam ancillam emerat ſuis rebus, non pecuniis, Odyſſ. 1.

Τήν ποτε Λαέρτης πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν,
Quam propriis rebus Laertes emerat olim.

Verbum οἰνίζεσθαι eſt quidem generale, ſignificans *comparare vinum*, ſed πρίατο, nihil quam *emit*, preſſe denotat. Sive pecuniam, ſive rem dederint Laërtes & Græci,

Græci, animus idem fuit, emendi rem, quam deſiderabant. Eſt ſane & fuit ſemper quædam permutatio ab emptione Venditione plane diverſa, & in quâ nullo modo diſcerni poteſt, uter ſit emptor, uter venditor ſit; utra merx, utrum verò pretium: Nimirum, ubi quis non animo vendendi rem ſuam, cum altero permutat, qui nec ipſe rem alienam emptam velit; ſed cum ita acciderit, ut huic res alterius, illi altera placeat, ſi de commutando invicem convenerit; ut ſi arma cum armis, liber cum libro, chlamys cum chlamyde, fundus cum fundo forte commutentur. Quod genus permutationis proprie vocatur ἀμοιβὴ Græcis, Celtis *Trocq*, Belgis **ruillinge**: quibus verbis & inſtitutis emptionis venditionis nomina minimè conveniunt, ut rectè Vinnius *d. loc. in fin. n. 6.* Quin nec recentior Juriſprudentia ab illo diſcrimine, quo nihil ad judicium commune magis eſt factum, abhorret. Sic Imperator Gordianus Theraſæ reſcripſit, cum Titius habuit venale prædium & Cajus aliud prædium dedit pro illo, nulla quantitate taxatum, ad exemplum actionis ex Empto inde agendum. Quod ſi Titius prædium venale non habuerit, permutationem videri factam *l. 1. C. de Permutat.* Quæ definitio exerte illam diſtinctionem modò collocatam exhibet.

2. Ex hac diſputatione facile equidem patet, non fuiſſe deſtitutos omni ratione Sabinianos, nihilque ex eorum ſententiâ incommodi reſultaſſe. Si tamen comparetur cum Proculejanâ, quam Juris auctores adoptarunt, minus utilem & popularem fuiſſe, non modo ex uſu & opinione prævalente, ſed etiam ratione civili conſtat: Quanto enim differentia contractuum certior & facilior apparet, tanto melior & utilior eſt in Juriſprudentia, quæ res omnes expedito inter cives uſu æſtimat. Nemo autem dubitat, quin reperto pecuniæ ſignatæ uſu quæ permutationes ex uſu promiſcuo ſuſtulit, nota Emptionis Venditionis certior & civilior eſſet, Nummus, quam contrahentium intentio, & diſcretio, utrum uterque eodem, an diſpari modo in permutatione ſe haberent. Quam incertitudinem non æque ſemper ad explorandum facilem, Sabiniani in ratione ſuæ ſententiæ reddenda, differentiæ à nummo populari meritò poſtpoſuerunt. Non eſt igitur, quod hic Juſtiniani vel Pauli judicium in præferendâ Sabini ſententia reprehendamus.

Ulpianus Lib. 1. ad Sabinum.

Sine pretio nulla venditio eſt. Non autem pretii numeratio, ſed conventio perficit ſine ſcriptis habitam emptionem. L. 2. §. 1. d. Contrab. emp.

Juſtinianus Auguſtus.

Emptio & venditio contrahitur, ſimulatque de pretio convenerit; quamvis nondum pretium numeratum ſit, ac ne arrha quidem data fuerit. Nam quod arrhæ nomine datur, argumentum eſt emptionis & venditionis contractæ. Sed hoc quidem de emptionibus, quæ ſine ſcriptura conſiſtunt, obtinere oportet: nam nihil à nobis in hujus- *modi*

Digitized by Google

modi emptionibus & venditionibus innovatum eſt. In iis autem, quæ ſcriptura conficiuntur, non aliter perfectam eſſe venditionem conſtituimus, & inſtrumenta emptionis fuerint conſcripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem ſcripta, à contrahentibus autem ſubſcripta: & ſi per tabellionem fiunt, niſi & completiones acceperint, fuerint à partibus abſoluta. Donec enim aliquid deeſt ex his, & pœnitentiæ locus eſt, & poteſt emptor vel venditor ſine pœna recedere ab emptione, & venditione in pr. I. de Empt. Vend.

1. Modus perficiendi emptionem venditionem *in ſcriptis*, à Juſtiniano demum πραγματικῶς introductus & ſancitus eſt in *l. 17. C. de Fide Inſtrum. d. pr. Inſt.* In Pandectis illa differentia venditionis in ſcriptis & ſine ſcriptis celebrata, nusquam extra hunc locum, reperitur. Unde Cujacius *in ſent. Paul. l. 1. Tit 17. §. in contractu. Gipban. in d. l. 17.* & Wiſſembachius in *Embl. ad h. l.* verba *ſine ſcriptis* à Triboniano ſic adjecta eſſe conjiciunt. Quod ut probabile videtur, ita Centuræ cauſam vix probat juſtam: ſi Pandectas ſub nomine Juſtiniani edens qui digerendum ſuſceperat opus, aliquid de moribus ejus temporis, adſpergit Tribonianus, ſecundum ea quæ diximus in *pr. hujus Operis ad Conſt. dedit. §. Tanta autem.* Etſi an nihil incommodi ſit in hoc emblemate, mox animadvertendum erit. Sed pergamus ad Textum.

2. Quæ in his locis tractatur ſpecies, ad Eunomicam rationem merito refertur. Emptionem Venditionem eſſe Contractum, qui ſolo conſenſu perficitur, ſatis conſtat. Nec obſtat, quod ſine pretio nulla ſit venditio: Conventio enim de pretio ſufficit: Numeratio non requiritur *h. l. 2 §. 1.* Sed quod additur, conventionem perficere emptionem *ſine ſcriptis* habitam, indicare videtur, Emptionem Scripturâ perfectam, de quâ in *pr. h.* non eſſe contractum conſenſualem. Qualis igitur? Scripturarius & literarum obligatio? Id vero nequaquam dicendum eſſe, novit, quisquis didicit, quid ſit obligatio literarum, Jure Codicis ac Inſtitutionum. Nam in Pandectis illa ſpecies eſt incognita. Manet igitur Emptio Venditio in ſcriptis habita, Contractus conſenſualis, nec Scriptura ad *eſſentiam*, ad τὸ τὶ ἐϛὶν, verum ad effectum pertinet, quem ſuſpendit à perfectione ſcripturæ. Minus commodè igitur dictum videtur, conventionem perficere ſine ſcriptis habitam emptionem; quaſi non perficeret eam, quæ *ſcripto* celebratur: quod tamen contra demonſtratum eſt. Sed hæc adjectio, *ſine ſcriptis*, non infert, venditionem ſcripto celebratam non eſſe contractum Conſenſualem, ſed ejus perfectionem non abſolvi ſolo conſenſu, cum perfectio ejus à ſcriptura ſuſpendatur, ut expoſuimus. Scilicet, Hæc res ita communiter, intelligitur, *Si inter partes fuerit expreſſum, ut Scriptura interveniat, non ante perfecta cenſetur, quam inſtrumentum ſit conſcriptum, eique ſubſcriptum à partibus: Aut ſi à tabellione confectum, omnibus partibus ſit abſolutum.* Denique, *Tum verè ſcripturâ conficienda eſt emptio, cum hæc fuit mens contrahentium, ut in ſcripturam redigeretur l. 17. C. de fid. inſtr. verb. Quas in ſcriptis fieri placuit.* Ita D. Paulus Voetius *ad d. pr. Inſt. n. 12.* *Mentem autem illam fuiſſe* docet, tum *ſi quando dictum fuerit, de contractu inito ſcripturam fieri debere, aliter non item.* Quamdiu autem, illo caſu Inſtrumentum non eſt abſolutum, & à contrahentibus ſubſcriptum, pœnitentiæ locus eſt, alteroque invito, alteri à Contractu reſilire licet, ut docet Imperator in *d. Princ. & l. 17. C. de Fide inſtr.* Atque ita Emp-

Digitized by Google

tionis venditionis natura quæ ſcriptura fit, explicatur, idque ita comparatum eſt, ut præcipuos Contractus tam Emptionis Venditionis, quam reliquos conſenſuales, item donationes & Transactiones ſubvertat, ac ad incertitudinem extremam ab uſu populorum & communi judicio alieniſſimam, redigat. Haud temere enim ulla majoris momenti Venditio, Locatio, Transactio initur, quin partes id exprimant, inſtrumentum ſuper eo confectum iri, ſive ut *ſcripturâ recipiatur*, ſicut eſt in *d. l.* 17. plerumque etiam à Tabellione concipiendâ. Si tum, *donec aliquid deſit ex his*, pœnitentiæ locus ſit, *emptorique vel venditori ſine pœnâ recedere liceat à contractu*, ſic uti veniet, ut venditiones immobilium rerum, etiam quæ publicè fiunt, in quibus ejusmodi pactiones vix unquam omittuntur, & Transactiones aliæque majoris momenti conventiones, ſint eluſoriæ, præſertim, ſi nec ſchedæ, ſuper ipſo contractu inita & ſubſcripta, ut eſt in *d. l.* 17. ſufficiat, *quo alter aliquod jus ſibi ex eodem contractu vel transactione vindicet*, *ut ibidem*; meritoque Mornacius ad *d. l.* 17. ex ſententiâ Baldi, ſcribit, id non videri eſſe Juris aut rationis, aliterque ſemper eſſe pronuntiatum, ubi hæc quæſtio in Foro ventilata fuerit, idemque de noſtro Foro compertum habeo, nec de aliorum uſu populorum dubitandi cauſa eſt. Quin ſi per teſtes, vel ſcripturam certo liqueat, contractum aliquem conſenſualem, indubitato partium conſenſu initum & firmatum eſſe, cum pacto, ut deinceps inſtrumento publico recipiatur, ante confectionem talis inſtrumenti, quæ ſatis longo tempore quandoque ſequitur, partes irrevocabiliter & irrefragabiliter ſint obligatæ: quo nihil æquius, melius, & juri Gentium ac utilitati Civili convenientius eſt.

3. Quomodo igitur hanc Conſtitutionem, cujus ſententia præſcripta eſt in *d.* §. 1. & ſuperius expoſita, cum Eunomiâ conciliabitur? Mornacius ex ſententiâ Baldi non approbat hanc contractus, qui ſcripturâ fit obſervantiam, & hodie ſecus in judiciis, ita eſſe receptum; quod & Grotius adfirmat 3. *Introd* 14. *n.* C. §. quia nunc è quolibet pacto datur actio, multò magis igitur è contractu nominato per conſenſum inito & perfecto, licet inſtrumento necdum recepto; Cum ſcriptura tantum faciat ad probationem, non ad ſubſtantiam negotiorum *l. pen. d. Probat*. Sed hanc rationem de vi pacti hodiernâ, non ſufficere, ad uſum Legi contrarium Eunomiæ conciliandum patet inde, quod pacta non aliter hodieque valent, quam ex mente contrahentium: Quâ ſic expreſſâ, ut Contractus inſtrumento recipiatur, id actum videri volunt Textus illi Juris, ne priusquam ſcriptura ſit abſoluta, valeat obligatio: qua in re Jus hodiernum de pactis ad actionem efficacibus nihil mutavit, nec mutare potuit. Si modo talis conventio de contractu in publicum Inſtrumentum redigendo, per ſe contineat hanc partium intentionem: quod cum ratione negatur, & re ipſa uſuque hominum refellitur; cum tales omni die contractus iniri ſoleant ita, ut in ſcripturam poſtea redigantur; neque tamen fas creditur, à Conſenſu firmo & probato reſilire ad arbitrariam, altero invito, pœnitentiam. Plane, ſi partes adjecerint, quamdiu ſcriptura non fuerit confecta & omnibus abſoluta numeris, contractum non fore obligatorium, talis expreſſa conditio & ſuſpenſio obligationis non poteſt in dubium vocari, nec ullum ab Eunomia ſcrupulum accipit. Sed Juſtinianus *in d. pr. & l.* 17. loquitur *de Contractibus, quos in inſtrumento recipi convenit*, illos

hoc

hoc ipſo non aliter vires habere ſancit, quàm ſi inſtrumenta in mundum recepta partiumque ſubſcriptionibus confirmata fuerint. Hoc per ſolam conventionem de negotiis ſcripturâ comprehendendis effici, non habet rationem, & à judicio utuque communi abhorret.

3. Quid ergo tandem? Nos paulo ſecus quam vulgò, ut ſupra habuimus, hanc rem ex mente Juſtiniani intelligimus, attentiori conſideratione, niſi fallimur, verborum, quibus utitur in *hoc princ. de Emptionibus, & Venditionibus, quæ ſcripturâ conficiuntur*, oppoſitis emptionibus & venditionibus, *quæ ſine ſcripturâ conſiſtunt.* Quales hæ poſtremæ? An tales, quæ penitus in ſcripturam non rediguntur? Quæcunque majoris momenti ſunt, inſtrumentis confirmantur, & confirmari ſolitæ ſunt olim hodieque. Non poteſt igitur hæc verba Cæſar, *quæ ſine ſcripturâ*, accepiſſe, de venditionibus, quæ poſt initum conſenſum & perfectionem ſuam, inſtrumentis non recipiuntur, ſed de talibus, in quarum *ipſa* perfectione ſcriptura non adhibetur, & quibus opponit venditiones, quæ *ſcriptura conficiuntur*; hoc eſt, quæ in ipſo contractu ſuo ſcripturam requirunt. In majoris momenti negotiis, ad evitandas captiones, Emptor & Venditor, abſentes vel etiam in eodem loco agentes, *articulos*, ut vocant, ſive conditiones, quibus placeat emptio Venditio, concipiunt, quos & quas ſecum invicem communicant, & ſæpe commutant, addendo aliquid, emendando, minuendo, ſupplendo, donec ambo contrahentes, omnibus collatis & excuſſis, in unum ſcribendo conſentiant. Ita contractus in ſcriptis celebratus dicitur, hoc animo, ut in mundum à Tabellione redigatur, nitide conceptum recenſeatur, nec prius valeat, quàm ab illis cum Minuto, quod vocant, collatum, exactè cum eo convenire deprehenſum ſit. Hoc etiam ſine dubio volunt verba *l. 2. §. 1. h. t. fine. ſcriptis habitam emptionem*, Item *in d. l. 17.* Quas IN SCRIPTIS FIERI placuit. Et hoc ſenſu nihil in horum textuum argumento ab uſu communi rectâque ratione alienum ineſſe videtur. Adde iis Mornacium *ad d. l.* 17. & Prælect. noſtras *ad h. tit. n. 2. & 3.*

Pomponius Lib. IX. ad Sabinum.

Et liberi hominis, & loci ſacri, & religioſi, qui haberi non poteſt, emptio intelligitur, ſi ab ignorante emitur. l. 4. d. Contrah. empt.

1. Cenſura. Quanto rectius Paulus in *l. 34. §. 1. h. t. Omnium rerum, quas quis habere, vel poſſidere, vel perſequi poteſt, venditio rectè fit, quas vero natura, vel mores civitatis commercio exemerunt, earum nulla venditio eſt.* Cujus rei Dominium transferri non poteſt, ita ut promiſſio & omnis contractus ſuper alienatione ſit nullius momenti; quomodo ejus emptio venditio intelligitur? Nec ad rem pertinet, quod emptor rei conditionem ignoraverit, dum v. gr. liber eſſet homo, an ſervus, dignoſcere non poterat, ut eſt *in l. 5. h. t.* Sufficit enim, quod rei natura reſpuit omnem Dominii tranſlationem, ut emptionem venditionem eſſe nullam intelligamus. Nec enim hactenus ratio diverſa eſt in Emptione Venditione, quam eſt in Stipulatione, de quâ docet ita Juſtinianus in *§. 1. & 2. Inſt. de Inutil. ſtipul. At ſi quis rem, quæ in rerum natura non eſt, aut*

ducendamve coita ſit ſocietas: tunc etiam poſt alicujus mortem, quicquid lucri derivantive factum ſit, commune eſſe, Labeo ait. Item *in* §. 9. *d. l.* 65. *Morte unius ſocietas diſſolvitur, etſi conſenſu omnium coita ſit, plures verò ſuperſint: niſi in coëunda ſocietate aliter convenerit. Nec heres ſocii ſuccedit. Sed quod ex re communi poſtea quæſitum eſt: item dolus, & culpa in eo, quod ex antegeſto pendet, tam ab herede, quàm heredi præſtandum eſt.* In quibus verbis eſt limitatio notabilis; Heres ſocii lucratur id, quod ex re communi, poſt mortem quoque ſocii, acquiſitum eſt, jure dominii, & Acceſſionis communis, non ſocietatis. De dolo autem & culpa non niſi ex antegeſto tenetur, ex perſona defuncti, ut heres, non ut ſocius. Ac ita in Privatis Societatibus, ut textus illi de talibus agunt. Sed in Vectigalium Societate ſecus eſt hac parte; Nam ibi veniunt etiam Præſtationes lucri & damni, *ſive adhuc vivo ſocio vectigalis, ſive poſtea*, contingant, §. 8. *l.* 63. *d. l.* 59. quod non eſſe ita in voluntaria ſocietate ſubjungit Ulpianus *in* §. 8. voluntariam ibi *ſtricto ſenſu.* vocans privatam, quæ non habet neceſſitatem publicam, ut illa vectialium.

5. Hactenus in neutra ſpecie, nec privata neque de vectigalibus, ſocietas ipſa tranſit in heredem, ſed communio rerum duntaxat. Socii non fiunt, niſi pro talibus adſciti ſint, & pars defuncti ad perſonam heredis adſcripta fuerit *d. l.* 59. & *l.* 63. §. 8. tam in Vectigalibus quam in aliis rebus. Quamdiu hoc non eſt factum, actio Pro ſocio de rebus, quæ poſt ſocii mortem evenerunt, non datur, ſed actio communi dividundo. Si quid interſit roges, hæc ad diviſionem duntaxat & ſeparationem communionis; altera datur ad præſtationes durante ſocietate uſu venientes, & ſupponit continuationem ſocietatis, & quicquid præterea inter contractum Societatis & quaſi contractum Communionis intereſt. Ita omnibus ſatisfactum eſſe puto difficultatibus, excepta forte tertia, quæ contingit & ultimam: quomodo in *l.* 59. Societas vectigalium diſtinguatur à privata; in eo, quod tranſit ad heredem; cum id tamen non fiat, *niſi pars defuncti ad heredem tranſcripta ſit*, quo ſenſu etiam privata ſocietas ad heredem tranſmitti poteſt, ubi heres in ſocietatem adſcitus fuerit, ut eſt in *h. l.* 63. §. *ult.* quæ videntur eſſe eadem. Sed ego hanc difficultatem aliter ſolvi non poſſe video, quàm ſi dicamus, non eſſe idem, in *ſocietatem adſcitum* eſſe, *h.* §. 8.. & *partem* defuncti ad heredem *adſcriptam* eſſe *d. l.* 59. etſi Cujacius & Faber hæc pro iiſdem habeant. Adſcitum eſſe, pertinet ad perſonam; *partem adſcriptam*, ad res. Heres non fit ſocius niſi adſcitus ſit. Arctior communio rerum, quæ pertinet etiam ad ea quæ poſt mortem ſocii acciderunt, contrahitur, *per adſcriptionem* partis quam defunctus habuit, in perſonam heredis; per quam ſocietas hactenus ad heredem tranſit, *ut heredi quoque conferri oporteat*, non ut ipſe fiat ſocius. Ita res in eo deſinit; Quod inter poſitiones Juris, à Regula, quod Societas ad heredem non tranſeat, exceptio ponitur, in Societate Vectigalium *l.* 59. *h. t.* ut fieri ſolet, id minime tam ſimplex & obvium eſſe intellectu, quam vulgo collocari ſolet. Denique, & hinc colligitur ratio dicti in *l.* 74 *h. t. Nullam* eſſe in æternum Societatis coitionem; Etſi in perpetuum iniri poſſit, hoc eſt, ad vitam.

Ulpia-

Ulpianus Lib. xxxii. ad Edict.

Cum ſocietas ad emendum coiretur: & conveniret, ut unus reliquis nundinas, id eſt epulas, præſtaret, eoſque à negotio dimitteret: ſi eas eis non ſolverit, & pro ſocio, & ex vendito cum eo agendum eſt L. 69. Pro Socio.

1. Hujus Legis orationem & ſententiam eſſe ineptam, nec intelligibilem, cenſet Cujacius 4. *obſ.* 17. quod caput ita incipit; *A quo tempore juri civili operam dare cœpi, nulla me lex diutius torſit, quam Lex Cum ſocietas D. Pro Soc. nec plane etiam nunc auſim dicere, eam à me Legem intelligi. Afferam tantum probabilia quædam. Ita Cujacius.* Sed non invenit exitum, niſi hoc modo legat ex aliis editionibus, exploſâ Florentinâ; *Cum Societas ad emendum coiretur, & conveniret, eaſque ad negotium dimitteret.* Hactenus quidem mihi nunquam viſa fuit tam deſperata legis hujus difficultas, quatenus hæc emendatio patet; ut quandoque parum abſuerit, quin exemplum hoc inter ea, quibus aliquando nimiam eruditionem hominum judicio præſtringere videmus, collocandum putaverim. Mihi ſemper, inquam, Lectio Florentina, in his equidem verbis, quæ Cujacius, Haloander, & Faber emendant, ſatis integra, neque tam obſcura vel abſurda, quam tropicæ & minus uſitatæ ſignificationis viſa ſunt. In pacto hujus loci fuit, ut unus è ſociis emendi, reliquis *nundinas præſtaret.* Quid per Nundinas præſtandas ſignificaverint, explicat Ulpianus idem, ut ille ſolus impenſas in nundinis faciendas ferret, tam in Epulis, quam in reliquis ſumptibus ab initio ad finem, ita ut *ipſi à negotio dimitterentur*, id eſt, liberi è negotiatione nundinaria domum redirent, hoc eſt ἀτελεῖς ποιῆσαι, ut Baſilici. Diceres vernaculè, Vry houden in de merkt. Ad merces ipſas, vel earum pretia referre nundinarum præſtationem, ut aliis viſum, enorme & abs re eſt. Societas enim ad emendum requirit, ut omnes ſocii pretia mercibus emendis conferant. Pactum de nundinis eſt acceſſorium Societati, adeoque de ſumptibus diætæ, ac itineris. Fuit qui per *Epulas* intelligi merces Latine contendit ex Varrone de R. R. 11. *c.* 1. ubi; *Scire oportet in grege, quot feminas babeat, quæ parere poſſint, quot arietes, quot utrinſque generis ſoboles, quot Epulæ ſint alienandæ.* Sed omnes quidem Interpretes mendum eſſe merito credunt. Adeo certe obſcura & ignota vox eſt in hoc ſenſu, ut Ulpianus obſcurum per obſcurius explicaſſet, dicendo, nundinas, id eſt, *epulas.* Deberet iterum addi; *Id eſt, merces.* Apud Varronem potius *pullæ* ſcriptum ſit, vel *è pullis*, pro *Epulæ.* Præſtandi verbum latè varieque ſumi, notum eſt. Quomodo perſonales *præſtationes* inter ſocios & qui res communes habent, inprimis multa variaque complectuntur, ut ſatis conſtat ex *l.* 1. *l.* 4 *§. ſicut. Comm. divid.* & paſſim. Quòd ſi quis nundinarum præſtationem, illo, quem diximus, ſenſu referat, nihil, opinor inſolens, aut inexpectatum dixerit: *Præſtare Rempublicam* ſcripſit ad Atticum Cicero; Ita, cum videri ſe obligatum, ad præſtandam filio Rempublicam, id eſt, liberum ejus uſum exhibendum, ſignificat, 10. 4. Eſt ſane Tropus in *nundinis*, ſed à negotio minime alienus, & ultro ni fallor, in ſenſum incurrens; quod qui illas præſtare conſtituit, ad liberum

nundinarum uſum teneatur exhibendum. *Sponſalia præbere* non diſpari ſenſ dixit Tullius ad *Qu. Fr. ep. 6.* Dimittere à negotio, quemadmodum expoſuimus mihi quidem magis, quam *admittere*, vel *demittere ad negotium*, placet.

2. Præcipua difficultas ſedet extra emendationem; quid actio ex vendito ſibi velit, adverſus eum qui non præſtitit nundinas: Nam Pro ſocio actio ſponte ſe prodit. Cujacius actionem ex vendito dari cenſet ei, qui merces reliquis ſocii vendidit, etiam contra eum, qui promiſit epulas, quaſi & ipſe emiſſe videtetu Idem Marquardus Freherus 2. *parerg.* 29. qui ut hoc facilius obtineat, verba f nalia trajicit hoc modo: *Et pro ſocio, ſi eas non ſolverit, & ex vendito cum agendum eſt.* D. Wiſſembach in *diſp. ad Inſt. & ff. de Societate ad h. l.* 63. *th.* 6. actionem ex vendito dat venditori epularum, pro conſequendo illarum pretio. Anton. Faber iiſdem utramque dat actionem, ſociis; quia cum merces commur nomine ſint emptæ, ſocii propter id quod intereſt epularum nomine, eum, qu non ſtetit promiſſo, conveniant pro Socio, quia pactum ſocietati eſt adjectum aut ex vendito, quaſi merces ipſe vendidiſſet. Hæc utraque reſponſio poſteric quæſita, nec tantum non obtorto collo huc adactæ videntur, nec habet ſpecie veri. Cujacii & Freheri interpretatio ſpreta Fabro & Wiſſembachio illis præt renda videtur, hoc modo explicanda; Merces communiter emptæ ſunt, Ver ditor contra omnes & ſingulos emendi ſocios habet actionem ex vendito, etia adverſus eum, qui nundinarum præſtationem in ſe recepit: Eſt enim unus ſoc orum. Reliqui ſocii pro non præſtitis epulis ſumptuque reliquo actionem p ſocio quominus habeant, non dubitatur. Ita nihil hærendum, quin utraque ex vendito & pro ſocio detur actio, non tamen iiſdem perſonis. Non videt hæc res è genere difficultatum inſuperabilium. Denique, ne Freheri quidem mendatione opus eſſe, probat, ni fallor, expoſitio quam dedimus.

Paulus Lib. III. Epitom. Alphen. Digeſtor.

Duo ſocitatem coierunt: ut gramatica docerent, &, quod ex eo artificio quæſt feciſſent, commune eorum eſſet: de ea re quæ voluerunt fieri, in pacto convento ſoc etatis proſcripſerunt: deinde inter ſe his verbis ſtipulati ſunt: Hæc, quæ ſupra ſcri ta ſunt: ea ita dari, fieri? neque adverſus ea fieri? Si ea ita data, facta non erun tum viginti millia dari? *Quæſitum eſt, an ſi quid contra factum eſſet, ſocieta actione agi poſſet. Reſpondit: ſi quidem pacto convento inter eos de ſocietate fact ita ſtipulati eſſent;* Hæc ita dari, fieri ſpondes? *futurum fuiſſe, ut, ſi novati nis cauſa id feciſſent, pro ſocio agi non poſſit, ſed tota res in ſtipulationem tranſl ta videretur. Sed quoniam non ita eſſent ſtipulati*, ea ita dari, fieri ſpondes? *ſe* Si ea ita facta non eſſent, decem dari? *non videri ſibi, rem in ſtipulationem pe veniſſe, ſed duntaxat pœnam. Non enim utriusque rei promiſſorem obligari, ut daret, faceret. &, ſi non feciſſet, pœnam ſufferret. Et ideò ſocietatis judicio a poſſe. L. 71. in pr. Pro ſocio.*

1. Docet hic Paulus evidenter *in poſterioribus verbis*, per ſtipulationem pœnalem non fieri novationem, ſed explicari duntaxat obligationem Principalem

Digitized by Google

ut pœna commiſſa vel peti, vel è Principali contractu adhuc agi poſſit: Electionem ut habeat Creditor, ſi forte principalis actio difficilis ſit probationis, ut docet Juſtinianus *in §. ult. Inſt. de Verb. Obl.* & nos *in Prælect. ad d. Tit. in fin.* Wiſſembach. *diſp.* ad *Inſt.* 33. *th.* 24. ubi plures auctores. Paulus hic porrò diſtinguit, utrum contrahentes conventioni Societatis ſubjecerint ſtipulationem, quâ ſe daturos, facturos quod convenerat, promiſerint; an per modum conditionis, ſi dicta non impleſſent, hoc aut illud darent, facerent. Priore modo per ſtipulationem videri factam eſſe novationem, ſi talis contrahentium animus fuerit; poſteriore caſu nihil mutationis in re ipsâ evenire, ſed pœnam ſolummodo adjectam cenſeri; ita ut Stipulator, vel rem ipſam vel pœnam petere poſſit, & habeat, quo contentus ſit alterutro

2. Utraque pars hujus ſententiæ habet difficultatem Eunomicam. Cum enim alicui negotio, quod proprium contractus nomen habet, ſtipulatio adjicitur; non duo contractus eſſe intelliguntur, quorum prior per ſtipulationem novetur, ſed unus tantum eſt Contractus. *Cum pecuniam mutuam dedit quis ſine ſtipulatione, & ex continenti fecit ſtipulationem, unus contractus eſt l. 46. §. 1. d. V. O.* Sed qualis? Mutuum, an Stipulatio? vel ut hic eſt, Societas, an Stipulatio? Dicendum videbatur, Mutuum, Societas; quoniam hi ſunt Contractus principales; ſtipulationes acceſſoriæ ſunt, & pendent à negotio contracto, cui adjiciuntur in tali ſpecie, qualis eſt in *l. 5. pr. verſ. Conventionales d. t. de V. O.* Adeoque nihil aliud erant, quam negotium ipſum, & unum idemque *verbis ſtipulationis concluſum*, ut loquitur Papinianus *in l. 8. d. Præſcr. verb.* plane, quemadmodum hodieque in Inſtrumentis Contractuum, poſt rem & conventionem enarratam, ſubjungitur Clauſula, qualis hic; *Quæ ſupra ſcripta ſunt, ea ita dari fieri, neque adverſus ea fieri;* ſed partes ſibi mutuo *effectum conventionis fideliter eſſe præſtituras.* Quibus verbis, nihil aliud quam quod eſt in hac priore formulâ intercentibus, novationem fieri, nulli unquam his quidem diebus in mentem venit. Attamen Romanis aliter viſum fuit. Stipulatio prævalebat & totum occupabat negotium: Adeò, ut ne quidem novatio fieret *l. 7. d. t. de Novat. Cum enim, pecuniâ mutuo datâ, ſtipulamur, non puto obligationem numeratione naſci, & deinde eam ſtipulatione novari: quia id agitur, ut ſola ſtipulatio teneat. Et magis implendæ ſtipulationis gratia numeratio intelligenda eſt fieri* Quod tamen *hic* aliter ſcriptum; eſſe novationem, quando tota res in ſtipulationem transfertur eâque comprehenditur. Verum hæc diſcrepantia non eſt tanti: Eſt novatio, ſi factum reſolvas, & cogites, primo fieri conventionem de Societate; mox additâ ſtipulatione, fieri Stipulationem & novam obligationem. Rurſus utrumque fit uno contextu, & è continenti; Non ſunt duo negotia, duo contractus, Unus eſt actus in ſtipulationem deſinens. Novatio ſeparata negotia ſupponit, quæ hic non reperiuntur. Verumenim vero res indicat, cum reverâ duæ conventiones celebrantur, Primo Societas, mox Stipulatio, nihil obſtare, quominus etiam, ſi partes velint, ſeparatæ manere poſſint, nec Stipulatio tollat, vel abſorbeat Mutuum aut Societatem; ſed confirmet illos principales contractus, ſi non ſit animus novandi contrahentibus, *in verbis h. l. Futurum fuiſſe;* ut, *ſi novationis cauſâ id feciſſent, Pro Socio*

Nnnn 2 agi

agi non poſſet. Ergo, ſi alia mens fuerit contrahentium, manebit Societas & actio Pro ſocio, quod probat Ulpianus *in l. 2. d. Novat. Omnes res tranſire in novationem poſſunt. Quodcumque enim ſive verbis contractum eſt, ſive non verbis, novari poteſt, & tranſire in verborum obligationem ex quacunque obligatione: dummodo ſciamus, novationem ita demum fieri, ſi hoc agatur, ut novetur obligatio. Ceterum, ſi non hoc agatur, duæ erunt obligationes.* Quod autem Faber, illam mentem ſemper arguit fuiſſe contrahentibus, niſi probetur aliud conveniſſe, non liquet ex *l. 30. d. Jur. dot.* quam citat; Ibi enim Dos & matrimonium merito jungi præſumuntur, ut eſt natura negotii: ſed novatio eſt facti *d. l. 2.* Quæ vero facti ſunt, ea non præſumuntur, ſed probari debent: imprimis Novatio, poſt *l. ult. C. de Novat.* Magis igitur inclinat animus, ut in dubio non fuiſſe novandi animum exiſtimemus. Ne quidem ſi ex intervallo illa ſtipulatio ſubjecta fuerit, quo caſu Faber id habet indubitatum. Quod ſecundum mores hodiernos fortius, ut dictum, adfirmatur: quibus ejuſmodi clauſula ſtipulatoria nunquam facit novationem. Adde *l. 3. §. 1. d. Act. Empt.* ubi poſt Stipulationem Emptioni venditioni ſubjectam, datur adhuc Empti venditi actio, & *l. 28. eod.* ubi clarius idem ingeminatur de ſtipulatione pœnali, non tolli per eam priorem, ſed electionem dari.

3. Sic igitur prima Stipulationis ſpecies ſe habet; quâ ſimpliciter contrahentes ſibi mutuo promiſere, ſervatum iri, quod inter eos convenerat, ut vel novatio fiat ex Societate in ſtipulationem, vel Societas maneat, & ſtipulatio tantum ſit ejus obſignatio, quemadmodum hodie ſemper, inquam, reputatur. Alterâ ſpecie Stipulationis, *Si, quæ dicta ſunt, ita non dentur aut fiant, decem dare ſpondes?* non videri ſcribit Paulus, *rem in ſtipulationem veniſſe ſed pœnam*, cum duo ſint contractus, Societas de re, Stipulatio de pœnâ: ſic, ut cum utraque rei perſecutoria ſit actio, concurſus earum electivus ſit, *l. 28. d. act. empt.* De hac Pauli ſententiâ, poſt multam diſputationem Faber ita Cenſorem agit; *Si verum amamus,* inquit, *cum ſtipulatio pœnalis ſemper habet conditionem illam expreſſam; ſi quod promiſſum eſt, factum non erit, aut, ſi contra factum erit: dicamus & admittamus ingenuè, per ſtipulationem pœnalem novari præcedentem ſtipulationem puram,* ſcilicet, *cum pœnalis ſtipulationis conditio extiterit.* Ita, ut ab initio quidem ſint duæ ſtipulationes, hac *l. 71. & d. l. 28.* ſed exiſtente conditione, prior obligatio in poſteriorem pœnalem transferatur, & prima ſic à pœnali tollatur, quæ eſt pleni ſenſus novatio. Ita Paulus idem hic noſter diſertè in *l. 44. §. ult. d. Obl. & Act. Sed ſi navem fieri ſtipulatus ſum, &, ſi non feceris, centum: videndum; utrum duæ ſtipulationes ſint, pura, & conditionalis, & exiſtens ſequentis condicio, non tollat priorem; an verò transferat in ſe, & quaſi novatio prioris fiat. Quod magis verum eſt.* Rurſus idem de Legato Paulus adfirmat in *l. 24. Quand. di. legat. ced. Si penum heres dare damnatus ſit, vel ſundum; &, ſi non dediſſet, decem: ego accepi: & penum legatam, & tranſlatam eſſe in decem, ſi noluerit penum heres dare; & tunc pecuniam deberi; cum interpellatus fundum non dediſſet, &, ſi interea deceſſerit legatarius, tunc heredi ejus non niſi fundum deberi. Namque cum dictum eſt,* At Publicius fundum dato: *perfectum eſt legatum. Et cum dicis:* Si non dederit, centum dato: *ſub condicione fundi legatum ademptum videri, eo caſu, quo centum deberi cœperint. Quorum quia condicio vivo legatario non extiterit, fortè quia interpellatus heres non ſit:*

 evenerit,

Digitized by Google

evenerit, *ut ademptio nihil egerit*, *fundique legatum duraverit. Plane, ſi ſic legatum ſit*; *ſi penum non dederit: decem dato: dicimus*, *non eſſe penum legatam*, hoc eſt, ſi non fuerint duæ poſitiones legati tales, *Penum vel fundum heres dato: Si penum non det*, *centum dato.* Nam ſi una poſterior ſola ſit poſitio, non eſt ea ſpecies hujus quæſtionis. Certe hi duo textus Fabri cenſuram in *hanc l.* 71. valde faciunt probabilem.

4. Sed in contrarium vocant, cum Ratio, quod pœnalis ſtipulatio tantum in hoc ſerviat, ut principalis obligatio melius impleatur, non etiam tollatur, neque ut reſtringatur, ſed explicetur & augeatur facultas Creditoris: tum inprimis, quod Papinianus docet in *l.* 115. §. *ult. d. Verb. O.* Si ita concepta ſit ſtipulatio, *Pamphilum dare Spondes? ſi non dederis tantum dare Spondes?* vel id actum videri, *ut*, *ſi homo datus non fuerit*, *& homo & pecunia debeatur*; vel, ut ſola pecunia, non homo debeatur, ſi, videlicet, ita ſit cautum, *ut ſola pecunia*, *non ſoluto homine*, *debeatur*. Proinde ſi cautum ita non fuerit, non modo pecunia, ſed etiam homo debebitur, & ſic nulla erit novatio. Hoc etiam docet Scævola *in l.* 122. §. 2. *d. Verb. Obl. Flavius Hermes hominem Stichum manumiſſionis cauſa donavit*, *& ita de eo ſtipulatus eſt:* Si hominem Stichum, de quo agitur, quem hac die tibi donationis cauſa, manumiſſioniſque dedi, à te heredeque tuo manumiſſus vindictaque liberatus non erit: quod dolo malo meo non fiat: pœnæ nomine quinquaginta dari ſtipulatus eſt Flavius Hermes, ſpoſpondit Claudius. *Quæro*, *an Flavius Hermes Claudium de libertate Stichi convenire poteſt? Reſpondit*, *nihil proponi*, *cur non poteſt.*

5. His accedit, quod ſatis conſtat, etſi tam è principali contractu, quam è Stipulatione acceſſoriâ datur actio, concurſu electivo, ut una tollat alteram, ſi tamen in alterâ plus ſit, hanc eatenus ſupereſſe *l.* 41. *& ſequ. h. t. l.* 48. *d. Act. empt.* etiam videlicet, ex principali; ex quâ, ſi in ſtipulationem penitus transfuſâ & extinctâ fuiſſet, actio dari non poterat. Quod autem Faber tenet, non eſſe novationem ab initio; eſſe, cum ab alterutro factum eſt contra quam convenit, & pœna commiſſa eſt, non poteſt ſatisfacere Eunomiæ. Nec enim quæſtio de novatione intellectum vel uſum habet ullum, antequam extiterit conditio, in quam pœna promiſſa fuit, eaque peti poſſit; Cum prius ſit, τῶν μὴ ὄντων, *nihil* adhuc, ſed futurum ſperetur. Quid ergo ad textus objectos? Non poteſt videri Paulus à ſe ipſo diſcrepare. Dicit, in caſu Stipulationis, pœnali ſubjectâ, in *d. l.* 44. §. *f.* non manere duas obligationes, cum effectu actionis; ſed cum ſtipulatio pœnalis in hunc uſum adjecta ſit, hac inſtitutâ, priorem obligationem ceſſare, ac ita *quaſi novationem*, ut eſt in texto, factam cenſeri. Non quod prior abſciſſe extincta ſit, cum utique adhuc ſuperſit, quatenus in eâ plus eſt, ut modo vidimus; ſed quia poſt alteram motam, altera, niſi de eo quod plus continet, amplius non datur *dd. ll. l.* 44 *d. V. O.* Quod attinet *ad objectam l.* 24. *Quand. di leg. ced.* ibi non eſt novatio; Sed duo Legata ponuntur, Unum penus, vel fundi purum; alterum pecuniæ, conditionale, ſi fundum vel penum non det. Exiſtente hac conditione, legatum fundi videtur ademptum, & pecunia eſt in petitione. Hoc in Legatis, ubi unius eſt voluntas tam adimendi quam legandi facilis, ſingularem habet rationem. Unde ad novationem in contractibus non procedit argumentum. Adde Wiſſembachium *ad Tit. π. de Verb. Obl. th.* 11.

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM XVIII.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Paulus Lib. XXXIII: ad Edict.

SEd, an ſine nummis venditio dici hodie quæ poſſit, dubitatur. Veluti, ſi ego togam dedi, ut tunicam acciperem. Sabinus, & Caſſius, eſſe emptionem & venditionem putant. Nerva, & Proculus, permutationem, non emptionem hoc eſſe. Sabinus Homero teſte utitur, qui exercitum Græcorum ære, ferro, hominibuſque vinum emere refert, illis verſibus, &c. in l. 1. §. 1. d. Contrab. empt.

Eandem veterum diſpceptationem reſert & decidit Juſtinianus Auguſtus.

Item pertium in numerata pecunia conſiſtere debet. Nam in cæteris rebus, an pretium eſſe poſſet, valde quærebatur. Veluti an homo, aut fundus, aut toga alterius rei pretium eſſe poſſet. Et Sabinus & Caſſius etiam in alia re putabant pretium poſſe conſiſtere: unde illud eſt, quod vulgò dicebatur, permutatione rerum, emptionem & venditionem contrahi, eamque ſpeciem emptionis & venditionis vetuſtiſſimam eſſe: argumentoque utebatur Græco poëta Homero, qui aliquam partem exercitus Achivorum vinum ſibi comparaſſe ait, permutatis quibusdam rebus, his verbis.

[illegible]

Ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοὶ,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτῇσι βόεσσι,
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσιν. *id eſt*,

Hinc ſibi certatim gentis de more, comati
Vina parant Graji, ære dato, fulgenteque ferro,
Tergoribusque, bubus ſed & ipſis, mancipiiſque.

Diverſæ ſcholæ auctores contrà ſentiebant: aliudque eſſe exiſtimabant permutationem rerum, aliud emptionem & venditionem; alioqui non poſſe rem expediri, permutatis rebus, quæ videatur res veniſſe, & quæ pretii nomine data eſſe: nam utramque videri & veniſſe, & pretii nomine datam eſſe, rationem non pati. Sed Proculi ſententia, dicentis permutationem propriam eſſe ſpeciem contractus à venditione ſeparatam, meritò prævaluit: cum & ipſe aliis Homericis verſibus adjuvabatur, & validioribus rationibus argumentabatur: quod & anteriores divi Principes admiſerunt, & in noſtris Digeſtis latins ſignificatur §. 3. *Inſt. de Contrab. empt.*

1. Apparet, hic præterri ſententiam Proculjanorum, qui perpetuam inter Emptionem Venditionem, & Permutationem ſtatuebant hanc differentiam, quod in Permutatione Res pro Re; in venditione, Pecunia numerata detur: ſecus ac Sabiniani putabant. Cenſura Arnoldi Vinnii *in comment. ad hunc* §. 2. *Inſt. n.6. Si quod res eſt, fateri*, inquit, *& liberè philoſophari volumus, verior eſt illa Sabini & Caſſii ſententia*, qui Venditionem quoque celebrari poſſe, ubi res pro rebus venduntur, exiſtimabant. Pro qua ſententia, contra eam, quæ à Juris Conditoribus approbata eſt, valde copioſeque diſputat Salmaſius *in tract. de Uſur. c.* 13. Præcipua ratio eſt, quod antiquiſſimi mortales, ante ſignatæ uſum pecuniæ, non fuere ſine emptione Venditione, nec eodem modo ſe habuere tum, qui rem comparare, eademque carere volebant. Naves, quæ vinum ex Lemno advexerant in Phrygiam, vendendi cauſa venerant, & Græci in caſtris ſiticuloſis emere cupiebant vinum. Quis dicet, eos qui æs ſolvebant, aliter ſe, quod ad emendi animum, habuiſſe, quam qui pelles & boves dabant? Mercatores in Orbem novum & Indias emendi cauſa proficiſcuntur, nec alium habent animum apud barbaros, quibus ſpecula, cultellos, ſuccina & id genus alia, quam quibus pecuniam dant in ſolutum. Unde labitur unica Proculi ratio, quod, ſi res pro re faciat emptionem venditionem, *expediri non poſſit, quæ pretii nomine data videatur. Cum utramque videri veniſſe & pretii nomine datam eſſe, ratio non patiatur.* Poſteribus eſt veriſſimum, ſed prius evidenter falſum in exemplis commemoratis. Etiam in eo, quod Paulus in hac *l.* 1. §. 1. ſuggerit; Laërtes Eurycleam ancillam emerat ſuis rebus, non pecuniis, Odyſſ. 1.

Τήν ποτε Λαέρτης πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν.
Quam propriis rebus Laertes emerat olim.

Verbum οἰνίζεσθαι eſt quidem generale, ſignificans *comparare vinum*, ſed πρίατο, nihil quam *emit*, preſſe denotat. Sive pecuniam, ſive rem dederint Laërtes & Græci,

Græci, animus idem fuit, emendi rem, quam deſiderabant. Eſt ſane & fuit ſemper quædam permutatio ab emptione Venditione plane diverſa, & in quâ nullo modo diſcerni poteſt, uter ſit emptor, uter venditor ſit; utra merx, utrum verò pretium: Nimirum, ubi quis non animo vendendi rem ſuam, cum altero permutat, qui nec ipſe rem alienam emptam velit; ſed cum ita acciderit, ut huic res alterius, illi altera placeat, ſi de commutando invicem convenerit; ut ſi arma cum armis, liber cum libro, chlamys cum chlamyde, fundus cum fundo forte commutentur. Quod genus permutationis proprie vocatur ἀμοιβὴ Græcis, Celtis *Trocq*, Belgis ruilinge: quibus verbis & inſtitutis emptionis venditionis nomina minimè conveniunt, ut rectè Vinnius *d. loc. in fin. n. 6.* Quin nec recentior Juriſprudentia ab illo diſcrimine, quo nihil ad judicium commune magis eſt factum, abhorret. Sic Imperator Gordianus Theraſæ reſcripſit, cum Titius habuit venale prædium & Cajus aliud prædium dedit pro illo, nulla quantitate taxatum, ad exemplum actionis ex Empto inde agendum. Quod ſi Titius prædium venale non habuerit, permutationem videri factam *l. 1. C. de Permutat.* Quæ definitio exerte illam diſtinctionem modò collocatam exhibet.

2. Ex hac diſputatione facile equidem patet, non fuiſſe deſtitutos omni ratione Sabinianos, nihilque ex eorum ſententiâ incommodi reſultaſſe. Si tamen comparetur cum Proculejanâ, quam Juris auctores adoptarunt, minus utilem & popularem fuiſſe, non modo ex uſu & opinione prævalente, ſed etiam ratione civili conſtat: Quanto enim differentia contractuum certior & facilior apparet, tanto melior & utilior eſt in Juriſprudentia, quæ res omnes expedito inter cives uſu æſtimat. Nemo autem dubitat, quin reperto pecuniæ ſignatæ uſu quæ permutationes ex uſu promiſcuo ſuſtulit, nota Emptionis Venditionis certior & civilior eſſet, Nummus, quam contrahentium intentio, & diſcretio, utrum uterque eodem, an diſpari modo in permutatione ſe haberent. Quam incertitudinem non æque ſemper ad explorandum facilem, Sabiniani in ratione ſuæ ſententiæ reddenda, differentiæ à nummo populari meritò poſtpoſuerunt. Non eſt igitur, quod hic Juſtiniani vel Pauli judicium in præferendâ Sabini ſententia reprehendamus.

Ulpianus Lib. 1. ad Sabinum.

Sine pretio nulla venditio eſt. Non autem pretii numeratio, ſed conventio perficit ſine ſcriptis habitam emptionem. L. 2. §. 1. d. Contrah. emp.

Juſtinianus Auguſtus.

Emptio & venditio contrahitur, ſimulatque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum ſit, ac ne arrha quidem data fuerit. Nam quod arrhæ nomine datur, argumentum eſt emptionis & venditionis contractæ. Sed hoc quidem de emptionibus, quæ ſine ſcriptura conſiſtunt, obtinere oportet: nam nihil à nobis in hujusmodi

modi emptionibus & venditionibus innovatum eſt. In iis autem, quæ ſcriptura conficiuntur, non aliter perfectam eſſe venditionem conſtituimus, & inſtrumenta emptionis fuerint conſcripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem ſcripta, à contrahentibus autem ſubſcripta: & ſi per tabellionem fiunt, niſi & completiones acceperint, fuerint à partibus abſoluta. Donec enim aliquid deeſt ex his, & pœnitentiæ locus eſt, & poteſt emptor vel venditor ſine pœna recedere ab emptione, & venditione in pr. I. de Empt. Vend.

1. Modus perficiendi emptionem venditionem *in ſcriptis*, à Juſtiniano demum πραγματικῶς introductus & ſancitus eſt in *l. 17. C. de Fide Inſtrum. d. pr. Inſt.* In Pandectis illa differentia venditionis in ſcriptis & ſine ſcriptis celebrata, nusquam extra hunc locum, reperitur. Unde Cujacius *in ſent. Paul. l. 1. Tit 17. §. in contractu. Gipban. in d. l. 17.* & Wiſſembachius in *Embl. ad h. l.* verba *ſine ſcriptis* à Triboniano ſic adjecta eſſe conjiciunt. Quod ut probabile videtur, ita Cenſuræ cauſam vix probat juſtam: ſi Pandectas ſub nomine Juſtiniani edens qui digerendum ſuſceperat opus, aliquid de moribus ejus temporis, adſpergit Tribonianus, ſecundum ea quæ diximus in *pr. hujus Operis ad Conſt. de dit. §. Tanta autem.* Etſi an nihil incommodi ſit in hoc emblemate, mox animadvertendum erit. Sed pergamus ad Textum.

2. Quæ in his locis tractatur ſpecies, ad Eunomicam rationem merito refertur. Emptionem Venditionem eſſe Contractum, qui ſolo conſenſu perficitur, ſatis conſtat. Nec obſtat; quod ſine pretio nulla ſit venditio: Conventio enim de pretio ſufficit: Numeratio non requiritur *h. l. 2 §. 1.* Sed quod additur, conventionem perficere emptionem *ſine ſcriptis* habitam, indicare videtur, Emptionem Scripturâ perfectam, de quâ in *pr. h.* non eſſe contractum conſenſualem. Qualis igitur? Scripturarius & literarum obligatio? Id vero nequaquam dicendum eſſe, novit, quisquis didicit, quid ſit obligatio literarum, Jure Codicis ac Inſtitutionum. Nam in Pandectis illa ſpecies eſt incognita. Manet igitur Emptio Venditio in ſcriptis habita, Contractus conſenſualis, nec Scriptura ad *eſſentiam*, ad τὸ τί ἦν, verum ad effectum pertinet, quem ſuſpendit à perfectione ſcripturæ. Minus commodè igitur dictum videtur, conventionem perficere ſine ſcriptis habitam emptionem; quaſi non perficeret eam, quæ *ſcripto* celebratur: quod tamen contra demonſtratum eſt. Sed hæc adjectio, *ſine ſcriptis*, non infert, venditionem ſcripto celebratam non eſſe contractum Conſenſualem, ſed ejus perfectionem non abſolvi ſolo conſenſu, cum perfectio ejus à ſcriptura ſuſpendatur, ut expoſuimus. Scilicet, Hæc res ita communiter, intelligitur, *Si inter partes fuerit expreſſum, ut Scriptura interveniat, non ante perfecta cenſetur; quam inſtrumentum ſit conſcriptum, eique ſubſcriptum à partibus: Aut ſi à tabellione confectum, omnibus partibus ſit abſolutum.* Denique, *Tum verè ſcripturâ conficienda eſt emptio, cum hæc fuit mens contrahentium, ut in ſcripturam redigeretur l. 17. C. de fid. inſtr. verb. Quas in ſcriptis fieri placuit.* Ita D. Paulus Voetius *ad d. pr. Inſt. n. 12.* *Mentem autem illam fuiſſe* docet, tum ſi quando *dictum fuerit, de contractu inito ſcripturam fieri debere, aliter non item.* Quamdiu autem, illo caſu Inſtrumentum non eſt abſolutum, & à contrahentibus ſubſcriptum; pœnitentiæ locus eſt, alteroque invito, alteri à Contractu reſilire licet, ut docet Imperator in *d. Princ. & l. 17. C. de Fide inſtr.* Atque ita Emp-

hoc ipſo non aliter vires habere ſancit, quàm ſi inſtrumenta in mundum recepta partiumque ſubſcriptionibus confirmata fuerint. Hoc per ſolam conventionem de negotiis ſcripturâ comprehendendis effici, non habet rationem, & à judicio utuque communi abhorret.

3. Quid ergo tandem? Nos paulo ſecus quam vulgò, ut ſupra habuimus, hanc rem ex mente Juſtiniani intelligimus, attentiori conſideratione, niſi fallimur, verborum, quibus utitur in *hoc princ. de Emptionibus, & Venditionibus, quæ ſcripturâ conficiuntur*, oppoſitis emptionibus & venditionibus, *quæ ſine ſcripturâ conſiſtunt.* Quales hæ poſtremæ? An tales, quæ penitus in ſcripturam non rediguntur? Quæcunque majoris momenti ſunt, inſtrumentis confirmantur, & confirmari ſolitæ ſunt olim hodieque. Non poteſt igitur hæc verba Cæſar, *quæ ſine ſcripturâ*, accepiſſe, de venditionibus, quæ poſt initum conſenſum & perfectionem ſuam, inſtrumentis non recipiuntur, ſed de talibus, in quarum *ipſa* perfectione ſcriptura non adhibetur, & quibus opponit venditiones, quæ *ſcriptura conficiuntur*; hoc eſt, quæ in ipſo contractu ſuo ſcripturam requirunt. In majoris momenti negotiis, ad evitandas captiones, Emptor & Venditor, abſentes vel etiam in eodem loco agentes, *articulos*, ut vocant, ſive conditiones, quibus placeat emptio Venditio, concipiunt, quos & quas ſecum invicem communicant, & ſæpe commutant, addendo aliquid, emendando, minuendo, ſupplendo, donec ambo contrahentes, omnibus collatis & excuſſis, in unum ſcribendo conſentiant. Ita contractus in ſcriptis celebratus dicitur, hoc animo, ut in mundum à Tabellione redigatur, nitide conceptum recenſeatur, nec prius valeat, quàm ab illis cum Minuto, quod vocant, collatum, exactè cum eo convenire deprehenſum ſit. Hoc etiam ſine dubio volunt verba *l.* 2. § 1. *h. t. fine. ſcriptis habitam emptionem*, Item *in d. l.* 17. Quas IN SCRIPTIS FIERI placuit. Et hoc ſenſu nihil in horum textuum argumento ab uſu communi rectâque ratione alienum ineſſe videtur. Adde ſis Mornacium *ad d. l.* 17. & Prælect. noſtras *ad h. tit. n.* 2. & 3.

Pomponius Lib. IX. ad Sabinum.

Et liberi hominis, & loci ſacri, & religioſi, qui haberi non poteſt, emptio intelligitur, ſi ab ignorante emitur. l. 4. d. Contrah. empt.

1. Cenſura. Quanto rectius Paulus in *l.* 34. §. 1. *h. t.* *Omnium rerum, quas quis habere, vel poſſidere, vel perſequi poteſt, venditio rectè fit, quas vero natura, vel mores civitatis commercio exemerunt, earum nulla venditio eſt.* Cujus rei Dominium transferri non poteſt, ita ut promiſſio & omnis contractus ſuper alienatione ſit nullius momenti, quomodo ejus emptio venditio intelligitur? Nec ad rem pertinet, quod emptor rei conditionem ignoraverit, dum v. gr. liber eſſet homo, an ſervus, dignoſcere non poterat, ut eſt *in l.* 5. *h. t.* Sufficit enim, quod rei natura reſpuit omnem Dominii tranſlationem, ut emptionem venditionem eſſe nullam intelligamus. Nec enim hactenus ratio diverſa eſt in Emptione Venditione, quam eſt in Stipulatione, de quâ docet ita Juſtinianus in §. 1. & 2. *Inſt. de Inutil. ſtipul.* *At ſi quis rem, quæ in rerum natura non eſt, aut*

Digitized by Google

eſſe non poteſt, dari ſtipulatus fuerit; veluti Stichum, qui mortuus ſit, quem vivere credebat: aut hippocentaurum, qui eſſe non poſſit, inutilis erit ſtipulatio. Idem juris eſt, ſi rem ſacram aut religioſam, quam humani juris eſſe credebat, vel rem publicam, quæ uſibus populi perpetuo expoſita ſit, ut forum, vel theatrum: vel liberum hominem, quem ſervum eſſe credebat, vel cujus commercium non habuerit: vel rem ſuam dari quis ſtipuletur. Nec in pendenti erit ſtipulatio ob id, quod publica res in privatum deduci, & ex libero ſervus fieri poteſt, & commercium adipiſci ſtipulator poteſt, & res ſua ſtipulatoris eſſe deſinere poteſt: ſed protinus inutilis eſt. Idem contrà, licet initio utiliter res in ſtipulatum deducta ſit, ſi tamen poſtea in aliquam eorum cauſam, de quibus ſupra dictum eſt, ſine facto promiſſoris devenerit, extinguitur ſtipulatio. At nec ſtatim ab initio talis ſtipulatio valebit, LUCIUM TITIUM, CUM SERVUS ERIT, DARE SPONDES? & ſimilia, quæ enim natura ſui dominio noſtro exempta ſunt, in obligationem deduci nullo modo poſſunt, non modo ſcil: inter Conſentientes, ſed ne quidem inter ignorantes. Ab omni obligatione dicitur aliena, ſicut eſt, hominum liberorum, rerum ſacrarum, & quæ haberi non poſſunt rerum natura; quæ per ignorationem contrahentium non poteſt redigi ad commercii facultatem.

2. Quid igitur earundem emptio venditio eſſe dicitur? Non poteſt hoc aliter intelligi, quam ut Juſtinianus id explicat in §. *ult. Inſt. de Contrab. Empt. Vend. Loca ſacra vel religioſa, item publica (veluti forum, baſilica) fruſtra quis ſciens emit, quæ tamen ſi pro profanis vel privatis deceptus à venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut conſequatur, quod ſua intereſt, eum deceptum non eſſe. Idem juris eſt, ſi hominem liberum pro ſervo emerit. confer. l.* 70. *h. t.* Scilicet, emptio talium rerum eſſe dicitur, quatenus actio ex empto in id quod intereſt datur ignoranti, non alienatio fiat. Quid ergo Pomponius in *l.* 6. *in pr. h. t. Sed Celſus filius ait, hominem liberum, ſcientem te emere non poſſe: nec cujuſcunque rei, ſi ſcias, alienationem eſſe: ut ſacra, & religoſa loca, aut quorum commercium non ſit: ut publica, quæ non in pecunia populi, ſed in publico uſu habetur, ut eſt campus Martius. Si ſcias*, inquit, *earum rerum non eſt alienatio.* Si ignoret igitur emptor, eſt alienatio, ut videtur inde ſequi. Sed potius eſt exemplo hoc argumentum à Contrario ſenſu eſſe fallax. Ipſa res loquitur, non poſſe rerum quæ haberi non poſſunt, eſſe alienationem, ſeu ſciverit, ſive ignoraverit emptor, quia emptoris ignorantia rerum naturam invertere non poteſt. Alienatio ſumitur in *d. l.* 6. pro contractu, quo id agitur, ut res alienetur, qualis eſt Emptio Venditio. Scienti eſſe rem alienam, Contractus ille non valet. Jgnoranti eſt Emptio, duntaxat ut id quod intereſt conſequatur. Non eſt nullius momenti contractus, ex quo datur actio, ſed hæc in id quod intereſt, actio eſt ex Empto: Neceſſe igitur eſt Emptionem intelligi, ut eſt in *h. l.* 4. Sed cur magis quam ex Stipulatione de rebus ſacris aliiſque datur actio ex Empto? Nam Stipulationem ſimpliciter & abrupte inutilem eſſe, vidimus adfirmantem Juſtinianum in *d.* §. 1. & 2. Nec quidem ignoranti in id quod intereſt actio ex Stipulatu datur uſquam. Id quidem quod ad Emptionem intereſſe juxta alios fatetur Vinnius ad *d.* §. 2. Differentiæ rationem non reddunt illi cur ita ſit, quod qui rem commercio exemptam emit ignorans, in id quod intereſt actionem habeat; qui rem talem ignorans ſtipulatus

eſt;

Digitized by Google

eſt, nihil actionis habeat. Ratio petenda videtur à naturâ Contractuum ſtricti Juris, bonæ fidei contractibus oppoſitorum. In illis enim nihil peti poteſt, quam id ipſum, de quo inter partes actum fuit, ut vidimus ad *l. 7. d. Negot. geſt.* Quando igitur nihil ejuſmodi reperitur, evaneſcit actio; Etſi de dolo, ſi quis ignorans, hac cauſâ damnum paſſus ſit, actionem videri dandam, ex Johannis Fabri ſententiâ monet Vinnius *d. loc.* quæ tamen ipſa nullam ex ſtipulatu actionem dari ſatis arguit, &, quod actio de dolo, non niſi deficiente omni aliâ, datur *l. 1. §. 4. d. dol. mal.* Sed in bonæ fidei judiciis, quale eſt Emptio Venditio præ cæteris, non modo de alienatione rerum, ſed etiam de omnibus, quæ ex bono & æquo, etiam ſine expreſſâ conventione, præſtanda ſunt, agitur, ut eadem actio de illis competat. In Stipulatione quod dictum eſt: In emptis & Venditis, potius id quod actum, quàm quod dictum ſit, ſequendum eſſe docet Pomponius, adeò ut fundo etiam inempto facto, ſuperſit empti & venditi actio *l. 6. §. 1. h. t.* Præter quod in Emptione Venditione pretium pro re datur, ubi major ex inæqualitate ejus quod intereſt, ratio habetur, quam in Stipulatione uſu veniat. Hæc ſententiam hujus loci extra cenſuræ periculum collocare videntur.

Ulpianus Lib. XXVII. ad Sabinum.

Quid tamen dicemus, ſi in materiâ, & qualitate ambo erraruut? ut puta ſi & ego me vendere aurum putarem, & tu emere, cum æs eſſet? ut puta coheredes viriolam, quæ aurea dicebatur, pretio exquiſito uni heredi vendidiſſent, eaque inventa eſſet, magna ex parte, ænea? Venditionem eſſe conſtat ideo, quia auri aliquid habuit. Nam ſi inauratum aliquid ſit, licet ego aureum putem, valet venditio. Si autem æs pro auro veneat, non valet. L. 14. d. Contrah. empt.

1. Super valore Venditionis, in qua partes erraverunt circa materiam, non modo tam variè, ſed etiam inepte ſubtiliter Juris Conditores argutantur, ut hæc res non modo ad Antinomicum, quod nihil ad nos hactenus, ſed etiam ad Eunomicum pertineat inſtitutum, & *Antumno* Cenſuræ materiam præbeat. Valere dicitur Emptio Venditio, rei, quam ſolide auream putarunt Contrahentes, quia quod inauratum eſt aliquid habet auri; cum, ſi nihil haberet auri, Emptio Venditio non valeret *h. l. 14.* Rurſus, ſi menſa argento cooperta ignoranti ab ignorante pro ſolidâ vendita ſit, nullam eſſe Emptionem reſpondet Pomponius *in l. 41. §. 1. h. tit.* Quot modis Accurſius aliique recentiores, etiam Faber *hic*, illa concilient, nihil opus eſt dicere; Conſentiendum eſt illis, qui ſeparanda eſſe inaurata, vel inargentata ab auro argentove coopertis, quos laudat Wiſſembachius *diſp. 35. ad Inſt. th. 9.* intelligunt, rationemque reddunt, quamobrem inaurati pro aureo valeat, aut cooperti pro ſolide aureo non valeat emptio venditio. Scilicet, Inauratum habet aliquid auri; nam quod auri eſt in rebus inauratis partem corporis facit, ejusque poros ingreditur, nec inde illæſo rei corpore, ſeparari poteſt: ſecus ac aurea vel argentea lamina, quâ vas aliquod aut menſa cooperta eſt.

Digitized by Google

Habuimus autem hanc regulam; ſi corpus rei venditæ aliquid auri habeat, valere venditionem; ſi nihil habeat, eſſe nullam Venditionem *h. l.* 14. *l.* 9. §. 1. Ubi, *nullam eſſe Venditionem puto, quoties in materiâ erratur.* Sed dicat aliquis; illam mihi differentiam ex ſe, qui non phyſicam ſed Juriſprudentiam tractat, æſtimet, ineptiæque & abſurditatis abſolvat: Inaurati corporis venditionem valere; Aureâ lamina cooperti venditionem eſſe ipſo jure nullam: Cum ſine dubio plus ſit auri in lamina menſam ambiente, quæ integra avelli poteſt, quam in ſuperficie inaurata. Atqui Contractuum & Commercii rationes in re pecuniaria conſiſtunt: quoque major eſt læſio, tanto Nullitati contractum magis admovendum eſſe, ratio dictat.

2. Reſpondendum ad hanc objectionem, Artis regulas & poſitiones ſibi ipſis conformes eſſe debere. Cum ſemel hæc poſitio recepta eſt, Valere venditionem rei aliquid auri habentis, conſentaneum fuit: Inaurati venditionem valere, ſi quidem revera aliquiquid auri in eo reperitur. Contra, quod auro coopertum eſt, ut inde poſſit avelli, in ſe nihil habet auri. Ergo ſecundum alterum poſitionis in Arte receptæ membrum, hæc Venditio valere non potuit. Nec Ars rerum naturam, nec poſitiones ſemel ſtabilitas mutare potuit, etſi quandoque diſcrimen in effectu pecuniario ſubtilius evadat. Non ubi ratio pecuniaria diverſimodè [illegible] bet, incontinenti Artis regulæ mutari poſſunt. Exemplum in Acceſſione, [illegible] plerumque ſupponit, rem principalem acceſſoria eſſe meliorem & pretioſiorem. Nec tamen ſi Acceſſoria pluris ſit, ideo deſinit eſſe Acceſſio, ut qod majoris eſt pretii, fiat principale. Imo quod pretioſius eſt, nihilominus Acceſſorium manet *l* 19. §. *ult. d. Aur. & arg. leg.* ubi gemma longe pretioſior annulo, tamen hujus acceſſio habetur & eſt. Nec magis inexpectatum vidrei poteſt, quod in horum textuum argumento continetur.

3 Sed ut omnis hæc, de Errore circa Materiam doctrina compendio intelligatur, ita habendum eſt; Aut erratur in ipſo rei venditæ corpore, & emptio ſimpliciter nulla eſt *l.* 9. *in pr. &* §. *ult. h. t.* Vel erratum eſt in qualitate rei; Et diſtinguitur: Si error eſt in nuda rei qualitate, contractus omnimodo valet, ut ſi in nomine, vel in pretioſitate ſit erratum *d. l* 9. §. 1. *l.* 10. *&* 11. *h. t.* Sin involvat quodammodo errorem in corpore, ut, ſi cum aurum putes, emas æs; intereſt iterum, Error totalis ſit, an partialis, ut ſic loquar. Si prius, ut, ſi totum ſit æs, Emptio Venditio plane nulla eſt *d. l.* 9. *in h. f. l.* 14. *in fin.* ita, ut quod datum eſt condici queat, *d. l.* 41. §. 14. *h. t* Sin ex parte fuerit erratum in materiâ, eſt quidem venditio *h. l.* 14. ſed venditor in id quod intereſt, emptori tenetur *l.* 21. §. 2. *d. Act empt.* Unde patet, diſputationem eſſe tantum de ſubtilitate Juris, vel potius de connexione poſitionum Artis, quæ Artificibus negligenda non eſt; pecuniarias tamen præſtationes, utrovis intellectu in idem reſolvi. Cæterum in *d. l.* 21. §. 2. Cujacius putat legendum *Emptionem non eſſe*, *comment. ad d. l.* 22. quâ de re videbimus *in loco*.

4. Sed nondum Eunomiæ ſatisfactum eſt „Cur enim error in materia non „vitiat ſtipulationem, *in l.* 22. *d V. O. Si id quod aurum putabam, cum æs eſſet,* „*ſtipulatus de te fuero, teneberis mihi hujus æris nomine, quoniam in corpore conſen-* „*ſerimus, cum tamen ejuſmodi error emptionem venditionem ipſo jure nullam faciat;*

„An

„ An quia ſtipulatio eſt ſtricti juris, Venditio autem bonæ fidei, ut Duarenus
„ reſpondet? minimè: nam pignus eſt bonæ fidei, §. a[illegible]ionum 28. *Inſt. de Action.*
„ de quo idem proditum eſt, quod de ſtipulatione, *l. 1. D. de pignor. Act.* An,
„ quia ſtipulatoris intereſt, æs ſaltem eſſe in obligatione; Emptoris autem, ne
„ ullo modo in ære conſiſtat emptio, quod traditum eſt pro auro, ut Cujacius
„ commentatur ad *d. l. 22.*? Nequaquam. Petitur enim principium. De hoc
„ quæritur, cur ſtipulatoris magis quàm emptoris interſit, in ære ſaltem con-
„ ſiſtere obligationem. Quinimò ſtipulatoris intererat, aurum potius habere,
„ quod ſtipulatus eſt, quàm æs, quod ſtipulari non habuit curæ. Donellus hanc
„ reddit differentiæ rationem: *In ſtipulatione*, inquit, *qui certum corpus ſtipula-*
„ *tur, pro eo nihil præſtat, & dum nihil præſtat, intereſt tale corpus habere po-*
„ *tius quam nullum: in emptione contrà pretium eſt conſtitutum, quod pro maſſa ænea,*
„ *quam auream putabat emptor, venditori præſtat: inter quod pretium & æneam*
„ *maſſam cum nulla ſit proportio, non eſt mirum, ſi emptio ſit nulla.* Sed hæc ratio
„ ex iis, quæ ſupra in Diſput. de ſtipulationibus dicta ſunt, facilè convellitur,
„ ubi oſtenſum, ſtipulationem pendere ex negotio contracto, & aliis obligatio-
„ nibus firmandis adjici ſolitam. Ergo ſecundum Wiſſembachium, cujus illa ver-
ba ſunt, *ad Inſt. diſp. 35. n. 8.* hæc res κεῖται ἐν ἀμφιβόλοις, non habet certam ra-
tionem Eunomicam. Sed non oportet eſſe nimis moroſos in Civilis prudentiæ rationibus exigendis. Cenſeo nihilominus eſſe verum, quod Duarenus ait: In ſtipulatione nihil invicem promitti, ſecus ac in Emptione Venditione. Quomodo autem ſe habeat Contractus, cui ſtipulatio adjicitur, à ſingularibus pendet; in univerſum definiri non poteſt. Et præterea, ſi Stipulatio novandi animo adjecta fuerit, ut ſæpe fieri diximus *ad l. 71. Pro Socio*, nihil abſurdi ſtatuet, qui præſtationes Contractus hac in parte ſecundum Stipulationis adjectæ naturam æſtimandas putaverit; idque facilius ideo concedi poteſt, quod in eventu pecuniariæ præſtationis, nihil in utravis ſententia diverſitatis eſſe demonſtravimus.

Pomponius Lib. XXXI. ad Quint. Mucium:

Quod vendidi, non aliter fit accipientis; quàm ſi aut pretium nobis ſolutum ſit, aut ſatis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emptori ſine ulla ſatisfactione. L. 19. d. Contrah. empt.

1. Non referrem ad Eunomicam diſputationem, hujus Textus argumentum, niſi in Foro compertum mihi eſſet, homines in ea fere ſententia verſari, ut nec uſus fere ullius hoc jus, nec æquitati vel utilitati promiſcuæ putent eſſe conſentaneum: Aut ſaltem ejuſmodi addant limitationes, quæ uſum rei fere abſorbent; dum volunt, in dubio, ex omni Traditione rei Venditæ præſumi fidem eſſe habitam, ut etiam ex communi DD. ſententia monet Schneidewijnus *ad §. 41. Inſt. de A. R. D.* Unde ſequeretur, dominium venditori poſt Traditionem non reſervari, niſi quando ſpecialiter id caviſſet, aut de fide non habenda proteſtatus eſſet. Verum alii rectius, etiam Pragmatici, quos inter eminet Gailius

Digitized by Google

lius 2 *obſ.* 15. ſuſtinuerunt iſtam labem hujus doctrinæ: Quæ nitiur Præſumpta voluntate partium, præcipue Venditoris, qui non poteſt videri dominium transferre voluiſſe, quam ſi de Pretio ſecurus ſit; ſolutione, ſatisfactione, vel alio fidei habitæ argumento, ut hic textus & Juſtinianus in *d.* §. 41. docent. Per ſatisfactionem intelligentes pignus, aut fidejuſſorem aliosque diverſos à ſolutione modos. Quæ ſint alia fidei habitæ argumenta, difficilius per ſpecies exprimitur, quam generaliter ponitur, quod Facti res ſit, an fides habita ſit vel ſecus, ideoque probandum eſſe emptori, fidem ſibi habitam fuiſſe, velut, ſi terminus ſolutioni adjectus ſit: niſi rurſus ſub proteſtatione non habitæ fidei, quod fit apud nos, in venditionibus immobilium rerum annua, bima, trima die factum. Una videtur eſſe recipienda, ſatis latè patens exceptio, in rebus minutim diſtractis, ſi venditor merces emptoris ſimpliciter traditas aut ultro miſſas atque retentas, in Codicem *Crediti & Debiti* ſui retulit. Nam credere eſt fidem habere. Proinde quod à venditore ſponte relatum eſt inter credita, ejus fides non habita eſſe videri non poteſt: Sed hunc locum exequi totum, qui non niſi obiter ad hoc inſtitutum ſpectat, conſilium non eſt. Vide ſis, quæ diximus in *Juriſpr. Hodiern. part.* 1. *lib.* 3. *c.* 4. *n.* 32. *& ſeqq.*

Ulpianus Lib. xxviii. ad Sabin.

Qui vendidit, neceſſe non habet fundum emptoris facere: ut cogitur, qui fundum ſtipulanti ſpopondit. L. 25. §. 1. *d. Contrah. empt.*

1. Mira & abſurda videtur hujus loci doctrina, præſertim, ſi amplietur aliâ poſitione Juris, de quâ pariter agendum eſt, *Venditorem neceſſe non habere rem venditam tradere*, id eſt, ne poſſeſſionem quidem transferre. Quâ de re in utramque partem tam oppoſitæ ſunt JurisConſultorum hujus ævi ſententiæ, ut alii alios non ceſſent Eunomiæ male habitæ accuſare. Nam Antonius Faber *ad h. l.* adeo miratur aliquos in dubium vocare, vel ſentire, quod venditor ad rem venditam, ſi poteſt, tradendam, præciſè cogatur, ut etiam ægre ferat, eſſe, qui adhuc ita ſentire, poſt ea, quæ ipſe *in poſtrema chiliadis ſuæ parte* ſcripſerit, auſint & perſeverent. Aliquanto majori ſpecie rationis alii non poſſunt ſatis mirari, Viros graves & prudentes in eam potuiſſe devenire ſententiam, ut à libidine Venditoris ſuſpendant implementum contractus frequentiſſimi & generi humano maximè neceſſarii, velitne rem venditam tradere, quam habet in manibus, an præſtando id quod intereſt ſe liberare malit. Quâ facultate ſolutior & inanior eſt Emptio venditio, cujus uſu commercia conſtant, quam Contractus innominati ſunt, in quibus pœnitentia ut *ad tit. de Condict. C. d. C. non ſec.* habuimus, locum tenet, jure ſingulari à nominatis contractibus alieniſſimo. Quâ, inquam, facultate arbitraria implendi emptiones Venditiones, aut id quod intereſt offerendi, neceſſario turbari forum, omniaque miſceri patet eo, quod ejus quod intereſt probatio difficillima & intricatiſſima ſit, imo plerumque non poſſint emptores, quæ viſa ſunt comparantes, dicere, quid lucri vel damni ex impleto vel non impleto contractu ſint habituri §. *ult. I. de V. O.* Unde quotidianos ſanctiſ-

ſanctiſſimi contractus, in quo præ cæteris bona fides & promiſcua utilitas regnat, eluſiones, confuſiones, inrita commercia, lites ſine fine pullulare neceſſe ſit. Cujus abſurditatis reſpectu non poſſum omittere, quod memini, quendam Eruditum Juvenem, mecum, poſt inſtitutionem ab aliis hominibus claris in diverſis Academiis perceptam Wiſſembachio noſtro operam dantem, cum hunc ſerio & valido laterum niſu, ut erat δεινὸς ἀνὴρ ἐν τοιούτοις, diſputantem audiviſſer, Venditorem ad rem tradendam non neceſſario teneri, ſed ejus quod intereſt præſtatione Emptori oblata liberari poſſe, deinceps fateri ſolitum; ſe non poſſe Wiſſembachium adſpicere, quin ei continuo in mentem veniret, Venditor non obligatus ad tradendum, & reputatio, qui fieri poſſet, ut ſani hominis, nedum tanti JurisConſulti cerebro ſedere poſſit opinio tam abſurda, tam à ratione non minus *quam ab* uſu civili ipſoque ſenſu communi remota, quam illam eſſe ſibi perſuaſerat. Sed præfationis & præjudicii ſatis: Rem ipſam cernamus, ut videamus, qua ratione Viri Doctiſſimi in re populari & obvia tam infeſtè καὶ δὶς διὰ πασῶν, in alia & alia ſe obfirmare potuerint.

2 Primo agendum videtur de poſitione Adverſativa hujus Textus: *Venditor ab Emptore cogi non poteſt ad dominium transferendum, Promiſſor à Stipulatore poteſt cogi:* cum uterque ſit contractus, quo id agitur, ut dominium transferatur; utro autem caſu haſce theſes intelligemus? Quando venditor aut promiſſor eſt dominus ipſe, An ubi res aliena eſt vendita vel promiſſa? Poſteriore caſu, non videtur eſſe diſparitas inter Emptionem Venditionem & Stipulationem, quia Promiſſor non magis, quam Venditor alienæ rei dominium transferre poteſt, ſed utrumque in id quod intereſt teneri, dictu neceſſarium, nec alius datur exitus. De priore caſu habemus Ulpiani doctrinam in *l.* 11. §. 2. *d. Action. Empt. Et in primis ipſam rem præſtare venditorem oportet, id eſt, tradere. Quæ res, ſi quidem dominus fuit venditor, facit & emptorem dominum: ſi non fuit, tantùm evictionis nomine venditorem obligat: ſi modò pretium eſt numeratum, aut eo nomine ſatisfactum. Emptor autem nummos venditoris facere cogitur.* Si Venditor eſt dominus, emptorem dominum facere debet; ſi non eſt dominus, ex inrita venditione tenetur in id quod intereſt aut amplius. Quod nec aliter in Stipulatione habere ſe poteſt. Unde igitur, aut in quo diverſitas? Imo vero, dicunt Viri clariſſimi, in Emptione Venditione Tradendi nulla neceſſitas, in Stipulatione contra. Si venditor ne quidem tradere cogitur, multò minus ad dominium in emptorem transferendum tenetur, ut ſic bene ſe habeant oppoſitæ in hoc textu rationes: Ergo faciendum eſt, ut primo hac Quæſtione defungamur; An venditor; qui tradendæ rei facultatem habet, ad rem venditam præciſe tradendam teneatur, an præſtando id quod Emptoris intereſt, liberare ſe poſſit: quod utrovis latere ad Eunomiam ſpectare jam conſtat.

3. Non eſt animus univerſam hanc ordine perſequi & exequi Controverſiam. In pauca contraham orationem, ut tamen deciſionis ratio & valor enixe conſtare queat. In omni Contractu, qui fidem rumpit, tenetur in id quod intereſt, & nihilo ſecius ad implendam fidem contractus, vel ſimul, vel ſeorſim; Simul, inquam, ad implendum, quod promiſit, & in id quod intereſt, ob moram vel defectum à ſe commiſſum. Vel ſi contractus implendi facultas amplius non ſit,

in univerſum id quod intereſt tantum. Hanc obligationis in quovis contractu ſummam eſſe nemo negat, ut probari neceſſe non ſit. Quid enim? Commodatarius non reſtituit rem commodatam, uſu ad quem conceſſa erat, finito, nonne tenetur in id quod intereſt ob moram & contumaciam? An ideo dominus rei commodatæ non poteſt urgere traditionem rei ipſius? Inſanus ſit, qui dubitet, qui tam in id quod intereſt, quàm ad traditionem dari actionem negat, modò tamen idem ne bis petatur. Quod ſi rem abſcondat, & procaciter neget reſtitutionem, ſeque nullo modo cogendum præbeat, quid aliter quam in id quod intereſt à domino rei commodatæ agi poteſt? cum utique pœnam corporis, aut quæſtionem per tormenta ad fidem Contractuum implendam, non eſſe proditam conſtet. Idem eſt in Depoſitario, in Conductore, Creditore, & omnibus, qui res tenent aliis è contractu reſtituendas; Tenentur in id quod intereſt, ſi res procaciter reddere nolint. Nulli tamen adhuc unquam in mentem venit, docere, quod Commodatarius, depoſitarius, creditor aut conductor ideo quod in id quod intereſt alterius ob procaciam non reddendi tenetur, liberare ſe poſſint à neceſſitate res ipſas tradendi. Quin judicio ad tradendum conventi, procul omni dubio, ſi de facto conſtet, ad tradendum condemnabuntur. Hæc de contractibus illis & ſimilibus, tam plana & indubitata ſunt, ut nemo juris peritus aut imperitus probationem exacturus ſit.

4. Conferamus cum hiſce, quid Leges de Venditoris ad tradendum obligatione dicant. *Si res vendita non tradatur, in id quod intereſt agitur l. 1. in pr. d. Action. empt.* Rurſus; *ſi traditio rei venditæ juxta emptionis contractum procaciâ venditoris non fiat, quanti intereſſe, compleri emptionem fuit arbitratus Præſes provinciæ, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit l. 4. C de Action. Empt.* Nihil hic audio, quod non æque Depoſitario & Commodatario applicari poſſit; ſi procacia ſuâ res non tradant, in id quod intereſt damnantur. Sed ut inde nemo in his contractibus adſerit, actionem ad ipſam traditionem non dari, ita nihil eſt cauſæ in illis quidem legibus, quod venditorem à Tradendi neceſſitate liberet. An plus eſt in *l. 17. C. de Fide Inſtrum.* ubi *Neceſſitas venditori imponitur, vel contractum venditionis perficere, vel id quod emptoris intereſt ei perſolvere?* Communis hæc eſt omnium lex contractuum, ut fide non ſervata, in id quod intereſt teneantur: Ni contractum perficiant, in *intereſſe* damnantur. In hoc enim deſinit omnis in contractibus executio, ſi qui procaciter implere fidem recuſent. Nihil eſt hic peculiare venditioni, ſicut idem in *d. l. 17.* tribuitur Donationi, Tranſactioni *aliive cuicumque cauſæ.* Nec tamen inde magis ſequitur, eos qui contractum impleverunt, à fide Traditionis ſervandâ eſſe liberos, quam liberati ſunt homines à præcepto non furandi, ideo quod aut rebus alienis abſtinere, vel pœnam luere jubentur. Nam id quod intereſt in contractibus eſt loco pœnæ, cum aliud perfidiæ malum retribui non poſſit, in contractibus inquam: Venditor carnis, qui *fide conventionis ruptâ*, illam tempore placito tradere noluit, ex empto actione, quanti interſit emptoris, convenitur, in *l. 10. C. de Act. empt.* Tu dic, ſi placet, Ergo liberatur venditor à tradendi obligatione. Itane liberatur ſuffragio legis, *qui fidem conventionis rupit?* Pulchra mehercle philoſophia Juris! Imo fides rupta tam ad id quod promiſit, quam

Digitized by Google

quam ad id quod intereſt cogi jubet; ut ne bis tamen idem conſequatur. Scilicet, Ad Traditionem tenetur, ut primam venditionis fidem exſolvat: In id quod intereſt, ſi ob moram *tempore placito* rem non tradiderit. Ad modum ejus quod interſit æſtimandum pertinet Celſi reſponſum in *l.* 12. *d. Action. empt. Si jactum retis*, inquit, *emero, & jactare retem piſcator noluit, incertum ejus rei æſtimandum eſt.* Non opus eſt dicamus, hic venditorem ad *factum* teneri; facti autem obligatione quemque liberare ſe poſſe, præſtando id quod intereſt. Etenim magis eſt, ut nec hoc quidem ratio patiatur; Præter enim quod Traditio venditoris, prout facti obligationes in Jure accipiuntur, facti non eſt; ſancta non minus fides eſt, in factis, quam in rebus promiſſis Sed hæc in ſuo loco videbimus. Nihil igitur eſt *in. d. l.* 12. cur is qui jactum retis vendit, ad rete, ſi poteſt, jaciendum non teneatur, & conveniri nequeat, ſed eâ gratiâ litigare quis velit? Non negat agendi copiam Celſus; ſed quia vix eſt, ut hoc uſum civilem habeat, id quod intereſt monſtrat. In quod etiam deſinit ipſa condemnatio ad factum; Si enim venditor inducat animum præfracte, ut retem jacere, nolit, etiſ condemnatus; quid faciet Victor, niſi ut pecuniâ victum luere cogat pervicaciam? An & tum dicetis, cum ſolvendo id quod intereſt liberari? Fiat, & liberentur ita omnes condemnati: Hoc Eunomia non gravatur: Omnia quippe judicia ſunt abſolutoria, ſi reus quod eſt extremum in juriſdictione ſuſtinuerit & præſtiterit. Idem juris eſt, *ſi quod extraxit piſcium venditor emptori reddere noluit d. l.* 12. Nec intereſt quicquam, niſi quod æſtimatio tunc eſt promptior & liquidior: *Id enim æſtimari debet quod extraxit*, ait Celſus: An hoc ipſum quod extraxit, peti non poteſt? Quid nî, de jure, quod venditum eſt petere liceat? Cur igitur non dixit hoc Celſus? quia notius & certius erat nihil; diſcrimen id quod intereſt petendi exprimere voluit in utroque caſu, ut eventum rei, qualis eſt ſemper in caſu fidei ruptæ, deſignaret, perfidiam Reus eo quod intereſt ut luat. Quid vero diceret Celſus, peti poſſe judicio piſces? Riſum debuiſſet lectoribus, ſi de piſcibus vivis judicio licere contendere dixiſſet, tradendis, dum putreſcerent. Idem de carnibus in *d. l.* 10. *C. de Act. Empt.* intelligendum. Juris Auctores ita quæſtionum theſes definiunt, ut ad uſum in hypotheſi popularem & civilem reſpiciant; qui nullus eſt in judiciali contentione ſuper traditione corporali, ſpecificâ rerum; quæ ſervando ſervari non poſſunt. Denique, nihil eſt rectius, æquius, melius, uſu & conſenſu generis humani receptius; quam quod Diocletianus & Maximianus Auguſti Gratiano reſcripſerunt; *Non eſt probabilis cauſa, propter quam reſcindi conſenſu factam venditionem deſideras Quamvis enim duplum offeras pretium* (qui eſt terminus ejus quod intereſt extremus *l. un. C de ſent. quæ pro eo quod inter prof.*) *Tamen invitus ad reſcindendam venditionem urgeri non debes* in *l.* 6. *C. de Reſcind. vend.* Nullum majus ingeniorum, etiam acutiſſimorum, exhiberi poteſt ludibrium, quam videndo ſe fatigantes viros eruditos, in hoc textu, ad ſenſum venditoris non obligati ad traditionem, quo nullus inutilior & incivilior eſſe poteſt, trahendo, torquendo. Denique, ne quis exiſtimet, tralatitiam hanc quæſtionem, ad Tractatum Eunomicum referri non debuiſſe, nihil hoc inſtituto dignius erat, quam purgare jus Romanum à poſitione noxiâ & abſurdâ; venditorem poſt rem ven-

ditam, conventum ad implendam fidem contractus, audire dicentem, laudante Lege, *Vendidi equidem: Sed non placet rem tradere. Dic quid interſit tua:* quod plerumque nihil, aut probatu difficillimum eſt. Serva fidem quam dediſti, eſt digna Legislatore, digna Judice vox: Si non ſervas, ad hoc comparatam ſcito ſacram Judicii vim & auctoritatem, ut mali cives ad fidem ſervandam adigantur.

7. Hac igitur poſitione in Evidenti luce poſita, Venditorem præciſe teneri ad rem, ſi poſſit, tradendam, propius admovemur huic poſitioni modo ſepoſitæ; *Venditor neceſſe non habet, rem venditam emptoris facere h. l. 25. §. 1.* Imo neceſſe habet, rem tradere ſcilicet: conſequenter, ſi dominus ſit ipſe, rem facere debet emptoris *d. l. 11. §. 2. d. Action. empt.* Si non ſit dominus, per rerum naturam fieri non poteſt, ut emptorem faciat dominum: Quo reſpectu ſi Ulpianus *hic* velit neceſſe non habere venditorem, fundum venditum emptoris facere, nihil frigidius & alienius expectatione Lectoris, aut officio JurisConſulti videtur, cum hujus ſit, de jure reſpondere, non ad impoſſibilia facti flectere juris poſitiones. Si quoties poteſt dominium transferri, tenetur ad hoc Emptor, ut certe eum teneri dictat idem Ulpianus in *d. l. 11. §. 2.* nihil erat ſimplicius, rectius, quam hanc collocare poſitionem; neceſſe habere venditorem fundum emptoris facere. Nam ſi non poſſet, eo quod alienus eſſet, ipſa res loquebatur, eum neceſſe non habere, facere, quod nullo modo fieri poſſet. Rurſus, Oppoſitio Stipulationis non minus intricat abſurdæ connexionis. Ait Ulpianus, in Stipulatione rem contra ſe habere. Numquid igitur ad plus obligatus eſt promiſſor, quam ad rem ſtipulatoris faciendam, ſi res ipſius ſit? Non poteſt aliter, rurſus per rerum naturam: Quomodo enim rei alienæ dominium transferat promiſſor magis quam venditor? Certe in id quod intereſt tenebitur promiſſor, ſi rem non faciat ſtipulatoris, Atqui ad hoc etiam venditor tenetur *d. l. 11. §. 2.* Quid igitur inter has ſpecies differentiæ; quis ſenſus oppoſitarum poſitionum in hac *Lege* 25. §. 1. Quidam dicebat, legendum eſſe, Ut nec *cogitur, qui fundum ſtipulanti ſpopondit.* Quo ita comparatio, non oppoſitio ſit, inter venditionem & ſtipulationem: Et JurisConſultus ita reſpexerit ad caſum, quo res vendita, promiſſa fuerit aliena, venditore, promiſſore, forſitan, ignaris, ut ſit. Equidem ſi nullæ eſſent unquam proditæ emendationes duriores, non peſſime ageretur cum Criſi juridica: Ratio enim vult, eandem hac parte conditionem venditionis, inquam; & Stipulationis eſſe videri: Nam ut in venditione *id agitur*, ut dominium transferatur, *l. pen. §. ult. d. contrah. empt.* ita nec aliud de ſtipulatione prædicari poteſt, quam *hoc agi*, ut dominium transferatur, utrumque vero cogi, ſi domini ſint ambo; ſi neuter ſit dominus, neutrum poſſe dici cogendum.

9. Doctior eſt emendatio Rævardi 4. *var. c.* 18. cujus inſcriptio eſt hæc; *Indicatur Triboniani quoddam facinus & explicatur Ulpiani locus perdifficilis*, de quo hic agitur ſcilicet. Rævardum laudat & ſequitur Wiſſembachius *Emblem. ad h. l.* Hi autem volunt, Ulpianum primam hujus L. poſitionem affirmatè habuiſſe, atque ita ſcripſiſſe, *Qui vendidit, neceſſe habet, fundum Emptoris facere.* Tribonianum addidiſſe negationem, quia tempore Juſtiniani ſublatum erat domi-

dominium Quiritarium, quod olim mancipatione, vel in jure ceſſione, vel denique uſucapione acquirebatur, ut Ulpianus *Fragm. Tit. I. & 19.* docet; ſine quibus res quidem erat in bonis, ſed non in dominio. Olim venditor ad dominium aliquo iſtorum modorum transferendum tenebatur, & ſic rem Emptoris facere; Hodiè non tenetur ad iſtos modos, qui abrogati ſunt, & ita neceſſe *non* habet fundum emptoris facere, ut ſcripſerit Tribonianus. Sed ratio illa *Ravardi* utcunque Wiſſembachio placuerit, & antiquariæ ſcientiæ obtentu blandiatur, difficultatem magis indicat, quam abſolvit. Primo enim nihil facit ad diverſitatem venditionis & Stipulationis: Sed exigeret, ut altera negatio accederet & legeretur in ſecunda poſitione hoc modo, *Ut NEC Cogitur qui fundum Stipulanti ſpopondit:* quod Wiſſembachio non animadverſum. Ravardus fatetur; Unde *Negligentiam*, inquit, *Triboniani vehementer accuſo*, *quod unica negatione adjecta contentus fuerit.* Miſer Tribonianus qui in tam brevi ſententia non potuerit ita loqui, ut ſibi ipſi conſtaret, cum in modo præſtandi dominii per mancipationem vel ceſſionem nihil inter Venditionem & Stipulationem interfuerit. Sed Ravardus ita in illa expoſitione palam ſupponit, Venditorem abſolutè teneri ad Traditionem, quia tenebatur olim ad Dominium mancipatione vel ceſſione præſtandum. Quod tamen Wiſſembachius aliter nos docebat aliterque ſcripſit, etſi quod ex Ravardo adſumpſit: immemor connexionis, id ipſum præ ſe ferat. Quicunque igitur Venditorem non teneri ad traditionem ſtatuit, hanc emblematicam Criſin nullo modo admittet. Nec mihi pro adverſa hypotheſi ſapit. Quid enim ad rem pertinet, Dominium mancipatione vel Ceſſione, ut olim, an ſimplice Traditione transferatur, ut hodie Venditoris obligatio inde nullam recipit mutationem. Si olim rem emptoris facere debuit ceſſione vel mancipatione, nunc ad idem tenetur per Traditionem, nec ea res mutandæ lectionis cauſam Triboniano præbere potuit. Simplex enim traditio ex cauſa alienandi nunc idem valet, quod olim Ceſſio vel mancipatio §. 40. *I. de R. D.* Denique, Venditorem ſimpliciter ad rem emptoris faciendam non teneri, cùm rei alienæ venditio valeat *l. 28. h. t.* non minus verum fuit ante, quam poſt Juſtinianum *d. l. 11. §. 2. d. Act. Empt.*

10. Ergò emblematicâ Criſi & emendatione textus abſtineamus, cenſeo: Quærenda eſt alia Emptionis Venditionis & Stipulationis ratio differentiæ, quam à nemine adhuc, quod viderim, ſerio quæſitam miror. Enimvero à naturâ contractuum vel differentiâ dominii per mancipationem vel per traditionem præſtandi fruſtra differentiæ rationem peti ex iis quæ dicta ſunt, aliunde colligi poteſt. Ab uſu forenſi Romanorum arceſſenda videtur. Solenne fuit in Foro Quiritum, Venditioni duas ſubjicere Stipulationes, unam de vacua rei poſſeſſione præſtanda, *l. 3. §. 1. d. Act. Empt.* Alteram, de Evictione *Rubr & tot. tit. de Evict. & duplæ Stipulat.* præter Ædilitias ſtipulationes, quæ plures fuere, de quibus in *Tit. de Ædil. Ed.* Prima Stipulatio conveniens erat naturæ negotii, ut venditor quicquid in ſe eſſet, hoc ſe promitteret eſſe præſtiturum; quod erat, evacuare poſſeſſionem & rem tradere, & quod, niſi præciſe, ubi facultas adeſſet, facere teneretur, inriſio Stipulationis, non minus quam conſenſualis eſſet contractus. Ut rem faceret emptoris propriam vendi-

Digitized by Google

tor, non viſum fuit ſtipulari, quia ſciebant, hoc ab eo, qui jus tertii occupare non poterat, fruſtra poſtulari: Sed in eum caſum, ſi res aliena foret, adjiciebant duplæ ſtipulationem, evictionis cauſa. Hinc ultro fluxit hæc opinio & uſus hominum, venditorem teneri ad tradendum, aut evictionem præſtandam: Non ad dominium transferendum. Etſi dominium è Traditione, ſi tradens ipſe dominus fuiſſet, ultro ſequeretur. At vero Stipulationem Dandi nulla ſtipulatio ſequebatur, cum ipſam aliis contractibus ſubjici moris eſſet. Ideoque in illa nihil erat de vacua poſſeſſione, nihil de Evictione; ſolum & rigidum illud dandi promiſſum in ea continebatur. Proinde, nec aliud in obligatione, quam ut daret, quod promiſerat, eſſe poterat. Et cum obligatio ſit vinculum juris, quo neceſſitate quis adſtringitur *pr. I. de Oblig.* nihil è ſtipulatione reſultabat, quam præciſa neceſſitas dandi; & cum Dare ſit dominium transferre §. 4. *Inſt. de Action. l.* 7. §. *ult. d. V. O.* ſupererat unicè, ut promiſſor dandi, ad dominium transferendum cogeretur. Quid ſi tamen ſit res aliena? Durat inſtantia, quod aliud quam in Emptione venditione fieri non poſſit. Dicamus tamen, eſſe, quod adhuc aliquod retineat diſcrimen: Promiſſor dandi videtur cogi ad rem promiſſam redimendam, & ſic eam Stipulatoris faciendam; Ad quod venditor non tenetur, quia rem non cogitur Emptoris facere, ſed vacuam tradere, & evictionem præſtare. Promiſſor, quia cogitur rem facere ſtipulatoris ſimpliciter, quovis modo ad hoc implendum tenetur, & cogi poteſt. Ut tamen ſi dominus re ſua carere nolit, eaque redimi non poſſit, exitus obligationis, in id quod intereſt deſinat, cum aliter nullo modo fieri poſſit. Et hæc quidem poſitio differentiam inter Emptionem venditionem & Stipulationem quod ſatis ſit, exhibere videtur. Quare autem Permutatio & Pignus rei alienæ, minus quam Emptio Venditio valere dicatur, *infra* ſuis locis videbimus.

Pomponius Lib. XVII. ad Sabin.

Si ſciens emam ab eo, cui bonis interdictum ſit, vel cui tempus ad deliberandum de hereditate ita datum ſit, ut ei deminuendi poteſtas non ſit, dominus non ero: diſſimiliter atque ſi à debitore, ſciens creditorem fraudari, emero. l. 26. d. Contrab. empt.

1. Quid hoc, SI SCIENS? An igitur, ſi ignorans emam ab eo, cui bonis interdictum eſt, vel qui deliberandi tempus, interdictâ alienatione accepit, dominus fiam? Quomodo, qui alienandi jus non habet, dominium in alium transferre poteſt? Sive realis, ſive perſonalis ſit cauſa prohibitionis, alienandi actum ipſo jure nullum eſſe, totus loquitur titulus *Inſt. Quibus alien. lic. vel non*; nec uſquam inter ſcientes & ignorantes hac parte diſtinguitur, cum ea res non à bona vel malâ fide emptoris, ſed à jure venditoris pendeat, quod ubi nullum eſt, nihil producere poteſt. Ergo *fruſtra ineptèque Pomponius in hac lege adjecit dictionem SCIENS: Quorſum enim, niſi ad differentiam ignorantis? Delenda igitur illa dictio eſt, & inepto potius interpreti tribuenda:* ſunt verba Fabri *in Rational,*

tional. hic. cujus hæc eſt animad verſio in hunc Textum. Nec fas ſit negare; quod prodigus alienare non poſſit, qui ne obligationem quidem naturalem contrahit *l. 6. d. Verb. Obl.* Nec tamen adduci poſſum, , ut Particulam SCIENS, ab alienâ manu eſſe putem, maxime, quia in fine textus particulam SCIENS ipſe Faber relinquit. Et Pomponius utrumque caſum ita opponit inter ſeſe, ut τὸ SCIENS utrobique partem relationis faciat. Quid ergo, An argumentum à contrario ſenſu, negabimus eſſe perpetuum, ejuſque rei hic eſſe exemplum, ut aliud habuimus ad *l. 4. h. t. ex l. 6. eod*? Non ſequi hoc; Qui ſciens emit à prodigo non ſit dominus: ergo qui ignorans emit, dominio potitur; ut in *d. l. 6. ſi ſcias eſt alienatio*, Inde non ſequitur; Non *eſt alienatio, ſi neſciat.* Etſi forte non eſt peremptoria vis in univerſum iſtius regulæ à contrario ſenſu, non audeo tamen negare Fabro, ſi ignorans emptor à prodigo, non fiat dominus, inepte & frigide videri dictum, *Si ſciens emerit, eum non fieri dominum.* Magis igitur eſt, ut dominii cauſam *παχύτερον* hic & generalius accepiſſe videatur Pomponius, complectens & uſucapionem, quaſi diceret; dominus non ero, nequidem per uſucapionem de quâ forte prius egerat, ut hic tantum eſt fragmentum, aliâſque etiam de Uſucapione tractavit in *lib. 17. ad Sabinum*, unde eſt hic locus: Quod conſtet ex *l. 28. d. Uſurpat. & Uſuc.* Atqui ſic bene conſtat oppoſitio inter emptorem ſcientem & ignorantem. Paulus; *Si ab eo emas, quem Prætor vetuit alienare, idque tu ſcias, uſucapere non potes l. 12. d. Uſurp. & Uſucap.* convenienter ei, quod Julianus ſcribit *in l. 7. §. 5. Pro Empt. Qui ſciens emit ab eo, quem Prætor ut ſuſpectum heredem deminuere vetuit, uſu non capit.* Indicans ſine dubio, Ignorantem uſucapere poſſe. Hoc igitur velit Pomponius in *h. l. 26.* Qui ſciens emit à prodigo aut herede deliberante, cum nullo modo fieri poſſe dominum, nec quidem per uſucapionem, quâ ignorans dominio potiri poſſit. Sed an ita conſtat oppoſitio caſus ſecundi: Ut is, qui ſciens emit à debitore fraudante creditores, uſucapere poſſit? Videtur, quia Prætor non prohibuit alienationem in fraudem creditorum factam, nec eam ipſo jure nullam fecit, ut de libertate cautum fuit in Lege Ælia Sentia *pr. & §. 4. I. Quib. ex cauſ. manum. non lic.* Verum in factum actionem dedit, ad revocandam alienationem in fraudem creditorum factam *l. 1. & l. 10. in pr. d. His quæ in fraud. cred.* Quandiu non eſt revocata, valet Emptio venditio, & ſcientia fraudis, reſpectu Tertii & extra contractum poſiti, non poteſt impedire uſucapionem ei, qui rem emit à vero domino, alienari non prohibitam. Non quælibet ſcientia rei alienæ in requiſita uſucapionis impingit, eique impedimento eſt. Si hac via neceſſitatem emendandi vel ineptiæ Pomponium arguendi evitare poſſimus, bonum factum!

Ulpianus Lib. XLI. ad Sabinum.

Rem alienam diſtrahere quem poſſe, nulla dubitatio eſt. Nam emptio eſt & venditio: ſed res emptori auferri poteſt. l. 28. d. Contrah. empt.

1. D. Anton. Matthæus hunc locum non immerito referre videtur *inter rationes*

tiones otioſas & inertes diſp. fund. x. *th.* 7. Quid enim frigidius, quam hujus poſitionis, *Rem alienam ſine dubio vendi poſſe*, rationem reddere, *quia talium rerum eſt emptio venditio*? genuinum tautologiæ exemplum. Parvi res momenti, nec tamen juſtum cenſuræ argumentum. Non debuit D. Matthæus, quod facit, hæc ſola verba, *nam emptio venditio eſt*, ad exemplum tautologiæ referre; debuit addere quod ſequitur, *ſed res emptori auferri poteſt*. Rem alienam vendi poſſe, non dubitatur, eſt theſis. Explicatio potius quam ratio, eſt hæc; Ipſe contractus inter emptorem & venditorem conſiſtit; verum abſque præjudicio domini, qui rem emptori auferre poteſt: Ne quis putaret, alienam rem vendi poſſe, cum effectu venditioni propoſito, ut dominium transferatur. *nam* eſt exegeticum magis quam αἰτιολογικόν. Vel ſi cauſativum eſſe debet, ad ultima verba ſe refert præcedentia; *nulla dubitatio eſt*. Nam quoniam emptio Venditio rei alienæ fit, ad obligandam perſonam; nihil vetat, modo res domino ſalva maneat, ut fieri docere vult Ulpianus. Sic nihil frigidi vel tautologici eſt in hoc textu. De re ipſâ modo ſatis eſt dictum. Niſi quem moveat quod in *in l.* 1. *C. de Commun. rer. alien.* ſcribit Antoninnus Imp. Alienæ rei *ſatis illicitam* eſſe *Venditionem*, nec illam jure fieri poſſe *l.* 3. *C. de R. Vind.* quaſi contra hanc *l.* 28. Sed non eſt contra. Quod enim in *d. l.* 1. & *l.* 3. habetur, eſt verum reſpectu ejus, qui ſciens alienam rem vendit. Quod enim Rei alienæ dicitur eſſe Emptio Venditio, nihil aliud infert, quam quod venditor ad tradendum & evictionem præſtandem tenetur, non ad excuſandam ejus improbitatem, qui rem in quam nihil juris habebat, auſus eſt alienare. Nec is emptorem ad accipiendam rem pretiumque ſi nolit ſolvendum cogere poteſt, ut rectè Tulden. *ad Tit. C. de Action. Empt. adde Wiſſembach. ad tit. ***, *de Permut. n.* 7.

Pomponius Lib. XXXIII. ad Sibin.

Cum in lege venditionis ita ſit ſcriptum, Flumina, ſtillicida, uti nunc ſunt, ut ita ſint, *nec additur*, *quæ flumina, vel ſtillicidia, primum ſpectari oportet, quid acti ſit: ſi non id appareat, tunc id accipitur, quod venditori nocet: ambigua enim oratio eſt* L. 33. *d. Contrab. empt.*

1. Etiam hic locus *Autumni* aliorumque cenſuram experitur. Etſi rationes, quas ille quidem objicit, inſuperabiles non ſint. Opponit Pomponio Celſum: *Melior* quàm Pomponio, *reſedit ſententia Celſo*, inquit, *qui in l.* 59. *eod. tit. Cum venderes fundum, non dixiſti*, Ita ut optimus maximuſque: *verum eſt, quod Quinto Mucio placebat, non liberum, ſed qualis eſſet, fundum præſtari oportere. Idem & in urbanis prædiis dicendum eſt.* Vult igitur Celſus, ſi venditor nihil de ſervitutibus ſpecialiter expreſſerit, eum nihil præſtare teneri; & ſic pro ipſo faciendam interpretationem, ſecus ac Pomponius hic, idque rationi magis conſentit. Sic Autumnus putat. Verum à diſparatis male infertur: Nulla ſervitutum mentione factâ, cum hæ tacitè accedant *l.* 75. *d. Evictíon.* venditus intelligitur fundus cum iuribus & ſervitutibus, quæ antiquitus ei acquiſitæ, impoſitæ fuerint.

Digitized by Google

fuerint, idque Celſus docet in *d. l. 59.* In ſpecie autem hujus L. non eſt nihil dictum, ſed verba ambiguè ſunt poſita, quorum ſenſus ſi non conſtet ex actis, contra venditorem fit interpretatio, juxta *l. 21. h. t. l. 39. d. Pact. l. 172. d. R. J.* ubi ratio, quod obſcuritas ei nocere debeat, qui legem clarius dicere potuit, & cui res ſatis cognita fuit, ut clarius loqui in promptu habuerit. Is autem eſt Venditor, cujus eſſe ſolet, antequam perficiatur conſenſus, præſcribere conditiones. Sed quænam ambiguitas, inſtet Autumnus, in his verbis major eſt, quam ſi nihil ſit dictum, quo ſibi non præjudicat venditor? Prima ambiguitas, quod expreſſum non eſt, activa, an paſſiva ſint jura ſervitutum fluminis & ſtillicidii. Proinde, ſi emptor adductus ſit in opinionem, eſſe jura domui venditæ in vicinum prædium competentia, cum deinde contra ſit compertum, in errorem à venditore inductus videtur. Alia ambiguitas; Sit flumen & Stillicidium à domo emptâ in ſolum vicini paucis annis exercitum: Hoc vicinus, interruptâ præſcriptione, turbat & impedit, ut poteſt ante decennium *l. 10. Si ſervit. vind.* tenetur venditor ex verbis; *Flumina, Stillicidia, uti nunc ſunt, ut ita ſint*; quæ tam ſervitutibus plenè acquiſitis, quam uſu duntaxat exercitis conveniunt.

2. Aliud Autumni argumentum, ex *l. 67. h. t. Alienatio cum fit, cum ſua cauſa dominium ad alium transferimus, quæ eſſet futura, ſi apud nos ea res manſiſſet. Idque toto jure civili ita ſe habet, præterquam ſi aliquid nominatim ſit conſtitutum.* Quando igitur nihil eſt expreſſum, qualia ſint ſtillicidia, flumina, in eo ſtatu accipienda ſunt, quo à Venditore poſſeſſa fuerunt. Reſpondetur: ita eſſe, ubi nihil dictum fuerit. Emptor enim inquirere debuit in hoc, quod ordinariæ acceſſionis eſt; Sed ubi conditio expreſſis verbis addita eſt, ambiguis tamen, non licet recedere à communi regulâ, in dubio venditori præjudicatum videri. Tertio Autumnus, *Miror*, ait, *Pomponium exiſtimaſſe, valere venditionem, ſi non appareat, quod actum ſit, cum Paulus ſcribat in l. 8. D. de Peric. & comm. rei venditæ, non eſſe perfectam venditionem, ſi id quod venierit, non appareat, quid, quale, quantumque ſit.* Non debuit ultimum eſſe peſſimum argumentum, ut eſt hoc ſane. Paulus de caſu, quo de ipſa re venditâ non conſtat, loquitur. Hic de re ipſâ nullum eſt dubium, nec adeo de valore contractus ipſius, ſed de qualitate rei venditæ quidem accidentali.

3. Magis obſtare putat Faber, hac in re Scævolæ dictum *in l. 69. §. pen. d. Evict. Si is, qui fundum tradit, & cum ſciat, certum fundum deberi, perfuſoriè dixerit*, Itinera, Actus quibus ſunt, utique ſunt, rectè recipitur, *evictionis quidem nomine ſe liberat, ſed quia decepit emptorem empti judicio tenetur.* Obiter quid eſt ibi, *perfuſorie*? Gotofredus, *hic, Id eſt*, inquit, *cum aliqua commendatione, animo commendandi nimio: at non vel negligenter, vel deceptoriè, ut putat Albericus.* Briſſonius, *vago & ambiguo ſermone.* Unde *perfuſorie aut ambigue dicere in l. 5 §. 1. Quod vi aut clam*, ut ſolent qui *perfundunt*, præ his, qui imbuunt & eluunt. Cæterum, quod obſtet hic locus adſertioni *legis* 33. non video. Eſt oratio ambigua, cujus interpretatio fit contra Venditorem, ut empti actione teneatur, ſicut in *hac l.* 33. Sed in duplum evictionis cauſa non tenetur, quia de ſervitutibus evictionis cauſâ non datur actio, niſi fundus, ut op-

timus maximus vendatur *l. 48. l. 75. d. Evict.* Hæc res facit, ut parum bene percipiam, quod:

4. Faber adhuc; *Illud ſane durinſculum eſt:* inquit, *gravius obligari eum, qui excepit ſervitutes*, uti nunc ſunt, ita ſint, *quam eum qui vendidit fundum* uti optimus maximusque eſt, Additque plura non ſatis à me intellecta. Quâ enim in re gravius obligetur, qui ſervitutes excepit, *uti nunc ſunt, ita ſint*, quam is qui vendit fundum, ut optimus, maximus eſt, non video. Niſi gravius eſſe putemus, empti actione, quam de evictione teneri; quod ſecus eſt, cum prior ſit in id quod intereſt ſimpliciter, actio; ſed evictionis causâ in duplum agatur *l. 25. C. de Eviction.* Hoc ſane è natura expreſſionum ſequitur; Eum qui excepit ſervitutes, *uti nunc ſunt, ita ſint*, etiam teneri, de ſervitutibus, quarum poſſeſſio præſens eſt apud fundum venditum, & quæ nondum penitus acquiſitæ, prohibentur, ex iis quæ ſuperius expoſita ſunt. Qui vero fundum, *ut optimus maximus eſt*, vendit, nihil aliud promittit, quam liberum eſſe fundum à ſervitutibus paſſivis. Quâ in re nulla durities, cum proprietati verborum hæc interpretatio perſpicuè conveniat. Formulam, ut *optimus & maximus eſt fundus*, non habemus, opinor, in lingua noſtrâ. Scriptum oporteret ad illos effectus emptori obtinendos, in conditionibus **Vry van Servituten**: quo caſu Servitute repertâ & vindicata, daretur actio, quæ Jure Civili. Si vero dictum eſſet, **met Servituten en Gerechtigheden ſoo nu gebruikt worden**; teneretur venditor, ut ſuprà diximus, in formula, *Servitutes uti nunc ſunt, ita ſint*. Quod ſi nihil fuerit dictum, vel ita ſimpliciter, **met Servituten en Gerechtigheden daer toe van ouds behoorende**; nihil præſtandum haberet venditor, ex ſententia Juris Romani, quod hac parte nec ab æquitate, nec ab uſu, opinor, remotum eſt.

Paulus Lib. XXXIII. ad Edict.

Si in emptione fundi dictum ſit, accedere Stichum ſervum, neque intelligitur, quis ex pluribus acceſſerit, cum de alio emptor, de alio venditor ſenſerit: nihilominus fundi venditionem valere conſtat. Sed Labeo ait, eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit, nec refert, quanti ſit acceſſio: ſive plus in ea ſit, quàm in ipſa re, cui accedat, an minus: pleraſque enim res aliquando propter acceſſiones emimus: ſicut cum domus propter marmora, & ſtatuas, & tabulas pictas emitur. L. 34. in pr. d. Contrah. empt.

1. Hanc Legem Autumnus, poſt Cujacium alioſque vocat ad Cenſuram, primo ob eandem, quæ fuit ad *L. præcedentem*, rationem, à Fabro hic etiam objectam, *Fundi venditionem* cum Sticho adjecto, *valere conſtat*, ait hic Paulus, etſi non intelligatur, *quis ex pluribus* Stichis acceſſerit, quod utcunque melius hic, quam *ſuprà* animadvertatur, nihilo tamen obſtat magis, quia non de re principali vendita, ſed de acceſſoria non conſtare dicitur. Plus in eo difficultatis eſt, quod in ambigua oratione, Venditoris in gratiam fit interpretatio, contra *l. 21. h. l. proximè præcedentem*, quæ dubiorum interpretationem contra vendi-

venditorem fieri jubet. Contius & Charondas in Manuſcriptis legi narrant, eum Stichum NON deberi quem Venditor intellexerit. Cujacius, Pro *Venditor* ſubſtituit, *Emptor*, ut *alibi ſæpius*, inquit, *hæc nomina, quæ adſinia inter ſe atque cognata ſunt, commutantur.* Idem firmat ex ſequentibus ad emptorem ſe perſpicuè referentibus, ubi, *pleraſque res propter acceſſiones emimus &c.* Ut hanc quidem non conjecturam, ſed evidentem velit eſſe demonſtrationem 1. *Obſ.* x. Qui Florentinam retinent Lectionem, dupliciter hunc locum accipiunt. Primo, non agi hic de interpretatione dubiæ conventionis, ſed de electione rei in genere debitæ, quæ debitori ſemper adtribuenda ſit, ideoque & venditori. Sed hanc explicationem ipſe quidem textus refellit, in verbis: *Cum de alio emptor, de alio venditor ſenſerit &c.* Eſt diſſenſio manifeſta contrahentium. Gloſſa quam Charondas, Faber aliique ſequuntur, conditionem de Sticho fundi venditi acceſſorio, ab *Emptore* propoſitam intelligunt, contra quem proinde faciendam eſſe in dubio interpretationem, juxta rationem *L. 39. d. Pactis*, eo quod ipſe Legem dicere potuerit clarius. Hanc interpretationem Faber his rationibus confirmat. I. quod initio Legis Paulus ita loquitur, *Si in emptione fundi dictum ſit*. Alioqui dixiſſet; *Si in venditione*. II. Quia mox emptor priore loco ponitur; *Cum de alio emptor, de alio venditor ſenſerit*. III. Quia mox ſequitur, *pleraſque res propter acceſſiones emimus.* Quibus tamen rationibus, ut ſunt dilutæ ſatis, ita non fidit, quin poſtremò ſubjiciat; *malle ſe pro Cujacii ſententiâ & emendatione ſentire, ſi mihi liceat*, inquit, *& libere ſentire, & quæ ſentio, libere ſcribere.* Quænam verò tam ſubita Fabrum inceſſit religio, ut tam ſit timidus in approbanda emendatione, quibus ipſe paſſim multo ſpargit audaciores, & ſtragem Textui ſacro longe maiorem inferentes! Me vero Accurſiana interpretatione contentum eſſe jubet ipſa negotii natura, quod adjectio Stichi facta ſit ab Emptore, contra quem proinde facienda ſit interpretatio in dubio. Nam conditio acceſſoria Stichi manifeſto ad emptoris favorem pertinet, quem multo veriſimilius eſt, Stichi causâ motum eſſe ad emptionem eumque poſtulaſſe, quam ut venditorem fundi, tam inexpectatam hominis ad fundum acceſſionem propoſuiſſe credamus. Idque non obſcurè ſubjecta vult ratio; quâ plerumque homines ad emendum, cupiditate rerum acceſſoriarum adduci, monet Paulus. Hæc quominus interpreti Juris ſufficere poſſit interpretatio, nihil apparet contra; Niſi cui magis placeat ultima Bernardi noſtri cenſura Autumni. *Sed quicquid*, inquit, *digladientur Interpetes, quæſtionem hanc ambiguam & obſcuram, inutilem eſſe exiſtimo:* Et Legem Si in Emptione *abrogandam eſſe, mediæque æſtimationis ſervum deberi.* Quæ verba ſic placuere Groenewegio, ut illa verbotenus in ſuum ad *h. l.* 34. *Commentarium* retulerit. Quam cenſuram cur ſequi nos oporteat, nihil quam auctoritatis ſuæ judicium proferunt; cui hactenus Antiqui Juris Conditores ego quidem prætulerim. Valet autem ratio, quam illi ſequuntur, in debito *generis*, ubi nulla ambiguitas: quâ de re diximus *ad l.* 52. *Mandati.* In ambiguis & obſcuris conventionibus, quamobrem à communi regulâ, dandam eſſe interpretationem adverſus eum, qui legem dixit, & cum ſpiſſius ac clarius poſſet, perſunctorie dixit, ratio non apparet.

Gajus Lib. x. ad Edict. Provinc.

Si quis in vendendo prædio confinem celaverit, quem emptor ſi audiſſet, empturus non eſſet: teneri venditorem. L. 35 §. ult d. Contrah. empt.

1. Autumnus: *Uſus forenſis convertit intelligentiam hujus verſiculi in Lituram, non in litem*; Et in fine. Venditor *ut præſtare teneatur ea, quæ extra rem ſunt, ut bonum vicinum, & alia id genus, hoc perquam abſurdum eſt.* Conſentit Groenewigius *ad h. l.* qui conſentientes citat Mobachium, Zypæum alioſque recentiores. Rationem differentiæ inter antiquos hac parte mores, & hodiernam deſuetudinem, Groenewegius hanc adfert; quod adſidua fuerit apud veteres hæc ſtipulatio venditionibus adjici ſolita, quâ venditor emptori bonos vicinos promittebat, ex Fabro *in Rational. hic*, qui ſic autor eſt, in qualibet venditione ſolitam fuiſſe apponi hanc conditionem; quod ego quidem ex alio conſtare velim auctore quam Fabro, qui ſolus alios non citans, in ea re teſtis idoneus non eſt: In Jure noſtro illam ſtipulationem non reperi, quod meminerim, quod mirum, ſi adſidua fuerit. Etſi Vicinſam magni habitam fuiſſe cum ex hoc loco tum aliunde videmus; De Stipulationis illius uſu, ubi probatus fuerit, videndum. Apud Græcos non fuiſſe uſitatam hanc Stipulandi formulam, probat exemplum Themiſtoclis, de quo Plutarchus *in vita*, ut inſolitum refert, cum in prædio vendendo præconem adjicere juſſiſſe, bonum ejus eſſe vicinum.

2. Quod ad Cenſuram attinet; non ait Gajus, quod Autumnus imputat. Venditorem prædii ad bonum vicinum præſtandum obligari; ſed ex ſuppreſſione nominis vicini, cujus notitia emptorem ab emendo cohibuiſſet, eum teneri ſtatuit. Quod æſtimatione civili & populari, quales in Arte Juris ſequimur, non eſſe adſpernandum, dicta non magis veterum, quam mores quoque hodierni declarant. Nemo hodieque diſſentiat à Plautino in *Mercatore*, dicto:

Nunc ego verum illud verbum eſſe experior vetus;
Aliquid mali eſſe propter vicinum malum.

Heſiodus, *in Operib.*

Πῆμα κακὸς γείτων, ὅσσον τ' ἀγαθὸς μέγ' ὄνειαρ.
Ἔμμορέ τοι τιμῆς ὅς τ' ἔμμορε γείτονος ἐσθλοῦ.

Non minor eſt noxa malus, quam bonum, vicinus bonus,
Optima ſors ejus, qui bonum ſortitur vicinum.

Martialis 7. *Epigram.* 7.

Quid Nomentani cauſam mihi perdis agelli,
Propter vicinum, qui pretioſus erat?

Nec hodiernos abludere mores uſus rerum docet. Scio, fundum eſſe venditum ſexta parte minore pretio, quam valebat, ob vicinum rixoſum: qui lites interjiciebat, de arbuſculis in confinio, de arundinibus in foſſa conterminâ cædendis, de particula ſemitæ reficienda, aliiſque minimi rebus momenti, ſine fine modoque. Talem ſi venditor aſtute celaverit, cum vicini ſoleant exprimi, cur hodieque

dieque tali dolo non poſſit actio dari, cauſam non video; præſertim, quia noſtris moribus enixè receptum eſt, ut vicini omnes in venditionum inſtrumentis accurate recuſcantur. Ex oblivione quenquam teneri non dicit Gajus, ex malitia cur, inquam, teneri non debeat, ratio non magis hodie, quam fuerit olim, inepta videtur. Et quod Autumnus objicit ex Catone; Bonum Patremfamilias utilitatem capere è malo vicino, ad philoſophiam magis & ad locum de Utilitate ex adverſis capienda, qua de re ſcripſit Cardanus librum non ſpernendum, quam ad Juriſprudentiam pertinet. Nec id quidem rectè movetur; emptorem ſibi quod imputet habere, qui non inquiſiverit. Tenetur enim venditor ex aſtuta reticentiâ, nec tam eſt obvium, in late patente regione ſcire vicinos, venditori. Præſertim ſi plerifque enumeratis, unius nomen ſtudio circumductum ſit. Denique, nec Groenewegii ratio magis hodie, quam olim, æquitatem hujus loci evertit; quod paratum ſit juris publici remedium contra vicinorum injurias, ut vel in exemplo ſuperius commemorato patet; In quo etſi non deerat publici juris copia, quæ nec veteribus defuit, non deſinebat tamen importuna eſſe & metuenda vexatio. Teneamus igitur jus *h. loci.*

Paulus Lib. IV. Epitomar. Alfeni Digeſtor.

Qui fundum vendebat, in lege ita dixerat; ut emptor in diebus triginta proximis fundum metiretur, & de modo renuntiaret, &, ſi ante eam diem non renuntiaſſet, ut venditoris fides ſoluta eſſet. Emptor intra diem menſuræ, quo minorem modum eſſe credidit, renuntiavit: & pecuniam pro eo accepit: poſtea eum fundum vendidit: &, cum ipſe emptori ſuo admetiretur, multo minorem modum agri, quàm putaverat, invenit. Quærebat, an id, quod minoris eſſet, conſequi à ſuo venditore poſſet. Reſpondit, intereſſe, quemadmodum lex diceretur. Nam ſi ita dictum eſſet, ut emptor diebus triginta proximis fundum metiatur, & domino renuntiet, quanto modus agri minor ſit: quo poſt diem trigeſimum renuntiaſſet, nihil ei profuturum. Sed ſi ita pactum eſſet, ut emptor in diebus proximis fundum metiatur, & de modo agri renuntiet, & ſi in diebus triginta renuntiaſſet, minorem modum agri eſſe, quamvis multis poſt annis, poſſe eum, quo minoris modus agri fuiſſet, repetere. L. 43. pr. d. Contrah. empt.

1. Cenſura duplex hujus loci occurrit. Una peculiaris Autumnii Altera communis. Prior hoc arguit, quod Paulus renuntiationem poſt tempus conventione expreſſum factam penitus inutilem declarat; cum Autumnus renuntiationem, etſi tempus præfinitum ſit, poſtea cum effectu fieri poſſe contendat, ſub præſtatione ejus, quod intereſt alterius, non eſſe factam renuntiationem tempore condicto, quod probat ex *l. 11. d. Re Judic. Si kalendis fieri aliquid ſtipulatus ſum: nempe quandocunque poſt kalendas accepto judicio, tanti tamen æſtimanda lis eſt, quanti interfuit mea, kalendis id fieri. Ex eo enim tempore quidquid* (quidque) *æſtimatur, quod noviſſimè ſolvi poterit.* (potuit) Hoc exemplo renuntiationem minoris menſuræ debuiſſe quidem fieri ante trigeſimum diem, attamen

attamen poſtea factam non eſſe prorſus inutilem, ſed moram eo quod intereſt luendam. Idque Senatui Pariſienſi placuiſſe refert *anno* 1607. *ante ferias Natalitias Domini*, in cauſa transactionis, quâ placuerat, ut, ni fidejuſſores intra duos menſes darentur, de Transactione reſilire liceret. Fidejuſſoribus decimâ die poſt bimeſtre ſpatium oblatis, Senatum cenſuiſſe, illos accipiendos eſſe, ſecundum ſententiam Scævolæ, addit Autumnus in *l. ſi ita quis* 135. §. *Seja* 2. *D. de Verb. Obl.* ubi ſic eſt. *Seja cavit Lucio Titio, quod mandante eo hortos emiſſet: cum pretium omne cum uſuris ab eo recepiſſet, ſe in eum proprietatem hortorum translaturam. Deinde in continenti inter utrumque convenit, ut intra Kalendas Apriles primas univerſam ſummam mandator numeraret, & hortos acceperet. Quæritur, cum ante Calendas Apriles non omne pretium cum uſuris à Lucio Titio Sejæ ſolutum ſit, interpoſito tamen modico tempore, reliquum pretium cum uſuris Sejæ Titius ſolvere paratus fuerit, neque Seja accipere voluit; & uſque in hodiernum per Titium non ſtet, quo minus reliquum ſolveret: an nihilominus, ſi Lucius Titius Sejæ univerſam pecuniam ſolvere paratus ſit, ex ſtipulatu agere poſſit. Reſpondit, poſſe, ſi non multo poſt obtuliſſet: Nec mulieris quicquam propter eam moram intereſſet. Quod omne ad judicis cognitionem remittendum eſt* Etenim, *pergit Autumnus*, jure receptum eſt, nihil ex obligatione paucorum dierum, moram minuere *l. ſi in* 24. §. *Colonus* 4. *verſ. Quod ſi D. Locati.* Cui accedit, ait Cenſor, quod iniquiſſimum eſt, Emptorem carere ſimul re & pretio, quod in hoc caſu fieret. Ideo, licet poſt diem xxx. renuntiaſſet, quanto modus agri minor ſit, venditoris fides ſoluta non eſt, niſi quatenus ſua per moram temporis intereſſe probaverit. Ita concludit *Autumnus:* Addens de moribus Galliæ, pœnas conventionales eſſe Judicum arbitrarias, ut etiam ſcribat Imbertus in *Enchirid. Jur. Gall. & Rom.* verbo, *Peine conventionelle.*

2. Hæc æquitatis & ipſius Romani Juris auctoritate pondus habent: niſi quod aliunde conſtet, præſcriptum conventionalis termini in contractibus exacte obſervandum, adeò ut ceſſatio poſt terminum peremptoriè præjudicet. *l. Æmilius* 38. *in pr. d. Minor. l.* 5. *in pr. Si menſor falſ. mod.* Ita, ut nec Reſcripto Principis conventio remitti poſſit *l.* 7. *C. de Pact. inter empt. & Vend. init.* Et hoc æquitas, imo ſanctitas fidei datæ, non minus quam publicæ diſciplinæ vigor exigere videtur. Hæ rationes & Textus Eunomicæ difficultati addunt antinomicam. Sed eſt ſpes utramque tollendi, quo hæc jura tam inter ſe, quam cum Ratione juris concilientur. Diſtinguendum enim eſt inter tempus ipſi Contractui perficiendo impoſitum, & inter Legem Commiſſoriam atque pœnalem Contractui jam conſtituto adjectam. Sic, qui intra certum tempus daturum ſe, vel facturum aliquid promiſit, elapſo tempore, moram uſque ad litem conteſtatam purgare poteſt *l.* 84. *d. V. O. Si inſulam fieri ſtipulatus ſim, & tranſierit tempus, quo potuerit facere: quamdiu litem conteſtatus non ſim, poſſe reficientem liberari, placet. Quod ſi jam litem conteſtatus ſim, nihil tibi prodeſſe, ſi ædifices.* Aut alioqui in id quod intereſt, ut omnes qui contractus non implent, tenentur *d. l.* 11. §. 2 5. *d. l* 135. §. 2. *d. V. O. d. l.* 24. §. 4. Sed qui non ſervat tempus, pœnæ vel committendi cauſâ adjectum, lapſu temporis præciſè tenetur *d. l.* 38. *d. l.* 5. & 7. Adeo, ut ne quidem poſt terminum ſolvendo partem, pœnâ pro

parte

parte liberetur *l. 85. §. 6. d. V. O.* In Tranſactione tamen propter ſummum finiendarum litium favorem, uſu Fori, non ſine ratione, videtur eſſe receptum, ut terminus etiam commiſſorius, poſt lapſum temporis, purgatione moræ, vel ejus quod intereſt præſtatione redintegrari poſſit, quo pertinet rei judicatæ in Curiâ Pariſienſi exemplum Autumno laudatum, idque jam à nobis obſervatum eſt *in Prælect. ad Tit. D. de Tranſaction. ſub ſin.*

3. Sequitur altera Cenſuræ facies, quâ Pauli diſtinctio ſenſu idoneo, & uſu carere dicitur. Fundus eſt venditus, certâ menſurâ expreſſa, ſub lege frequentiſſimi uſus, *ut intra dies triginta proximos emptor metiretur, & de modo renuntiaret; ſi vero ante diem dictam non renuntiaſſet venditor, ea cauſâ non teneretur.* Intra diem trigeſimum emptor renuntiavit, & male: ſecundum quam renuntiationem, pretii partem recepit. Detectus eſt error in ſecunda venditione, quâ longe minor agri modus eſt repertus, quàm venditori primo renuntiatum fuerat. A quo proinde repetit emptor, quod ipſe emptori ſecundo, ſupra quam venditor ei præſtiterat, remittere coactus fuerat. Venditor primus ait; Ego tibi ultra diem trigeſimum hac cauſa obligatus non fui, & quod tum renuntiaſti, jam præſtitum eſt: quo termino elapſo, non habes amplius quod agas. Quæritur, quid juris; Paulus diſtinguit. Aut convenit, ut emptor in diebus 30. proximis fundum metiretur, & domino intra id tempus renuntiaret, *quanto modus agri minor eſſet.* Aut dictum eſt, ut emptor in diebus proximis fundum metiatur, & de agri modo renuntiaret. Collocavimus aliquid hac de re in *Prælect. ad h. tit. n. 2.* ſed minus decretoriè & differenter. Sumpſimus oppoſitionem inter dies XXX. proximos & *dies proximos*, ſine termino, ut ſane habent verba Textus & omnium editionum: neque tum ratio diverſitatis obſcura eſſe poterat. Sed alii omnes illud XXX. ἀπὸ κοινοῦ repetunt in ultimo diſtinctionis membro, idque res ideo ferre videtur, quia caſus primus, cui Paulus ſuam diſtinctionem applicat, dies XXX. commet, quæ proinde ſe ad utrumque diſtinctionis membrum referre debeat. Quid igitur inter has formulas, ut à Paulo diſtinguuntur, intereſt? In priore caſu non tantum menſura, ſed etiam renuntiatio fieri debet, *quanto modus agri minor ſit*; in poſteriore, placuit, ut renuntiatio fieret ſimpliciter *de modo agri*, Ut differentia in hoc conſiſtat; *quod ſit* minor, & *quanto* ſit minor, quæ eſt Accurſii expreſſio, eamque amplectitur Ant. Faber, rejectâ Johannis antiqui gloſſatoris ſententiâ, qui dicebat, in priore caſu diſtinctionis Paulinæ conveniſſe, ut metiretur, & renuntiaret intra dies XXX. proximos; in altero ut metiretur intra dies XXX. non ut intra idem tempus renuntiaret. Hanc interpretationem rejicit & contemnit Anton. Faber, ut commentitiam & verbis Pauli contrariam. Præfert urgetque priorem, quæ nec ipſa tamen difficultate caret. Etenim cui bono ſit renuntiatio, niſi ut conſtet, quanto ſit agri modus minor, quam venditus eſt? quomodo pretium pro modo menſuræ minoris præſtari potuit, & quomodo reliquum adhuc repeti poteſt, quod factum dicitur in ſpecie quæſtionis, cui diſtinctio applicatur, niſi quanto ſit minor modus, expreſſum fuerit? Quod autem in ipſâ quæſtione definitum fuit, hoc in ſolutione quæſiti non ut dubium poni, neque in altero diſtinctionis

mem-

membro poni, ab altero removeri debet. Idem obſtat alteri *Johannis* explicationi: Nam in quæſtione propoſita, caſus facti id ipſum continet, *ut, ſi ante eam diem non renuntiaſſet: emptoris fides ſoluta eſſet:* Quomodo igitur Paulus dubium ſolvere potuit, diſtinguendo, utrum renuntiatio cis dies 30. fieri deberet, an quandocunque? Magis igitur eſt, ut poſt verba poſteriora, *& de modo agri renuntiet*, ἀπὸ κοινοῦ repetamus hæc; *in diebus xxx. proximis. arg. §. At nec plurimi 15. l. Ad L. Aquil.* Si tamen in propoſitione quæſtionis, renuntiatio intra in diem xxx non fuiſſet occupata, præferrem *Johannis* ſententiam. Eſt enim civile & uſus obvii; menſuram curare fieri intra diem xxx. nec tamen incontinenti renuntiationem fieri. Si poſt diem xxx. oſtenderetur dimenſio antea teſtato facta, poterat hoc ſufficere, ni diſerte aliter conveniſſet.

4. Quid igitur poſtremo reſpondendum? Dicamus ita ſimpliciter. Denuntiavit emptor ſanè, quanto ſit minor agri modus, ſed erravit. Quæritur; An hunc errorem in modo renuntiandi commiſſum emendare poſſit? Non poteſt, ſi diſertè convenerit, ut intra diem xxx. renuntiaret, *quanto minus eſſet in agro.* Quod ſi hoc ſpecialiter adjectum non ſit, *quanto minus eſſet*, verba conventionis non prohibent, verum agri modum poſtea melius detectum, elapſis xxx. diebus quovis tempore renuntiari. Si modò intra 30. dies renuntiatum fuerit, male, an bene renuntiatum ſit, tum non attenditur, quia non fuit hoc expreſſum in Pacto ſecundo; ut quantitatem minoris menſuræ exprimeret. Cum enim vis æquitatis ſit pro emptore, quo pretium minoris menſuræ recuperet, ne terra pœnaque ſimul careat, quicquid verba ferre queunt, etſi negligentiæ ſuæ quod imputet, habere videatur, ad corrigendam inæqualitatem, ei indulgendum eſt. Atque ita Paulus, dum brevis eſt, obſcurior factus, ſibi tamen conſtare videtur.

Paulus Lib. ſingulari de Delatoribus.

Non licet ex officio, quod adminiſtrat quis, emere quid vel per ſe, vel per aliam perſonam. Alioquin non tantum rem amittit, ſed & in quadruplum convenitur, ſecundum conſtitutionem Severi & Antonini. Et hoc ad Procuratorem quoque Cæſaris pertinet. Sed hoc ita ſe habet, niſi ſpecialiter quibuſdam hoc conſenſum eſt. l. 46. d. Contrab. empt.

1. Immodica & ſuperſtitioſa veterum cura; hujus loci argumento reprehenditur. A cujus obſervatione contrariâ, quæ nunc ubique viget, nihil incommodi in Rempubl. vel privatos redundare, fidelis rerum magiſtra docet experientia. Quid eſt importunius, quam excludere eos, qui officia gerunt, à promiſcuo uſu commerciorum, modo non exerceant Mercaturam ex profeſſo, quod ad monopolia impedienda merito prohibitum fuit? Poterat dici, hanc prohibitionem non eſſe generalem, ſed verbis *ex officio* prohiberi aliquem emere id, cujus cura & adminiſtratio ipſi permiſſa fuerit; veluti ne judex emat à litigantibus, per ſe vel per interpoſitam perſonam; ne Tutor emat res pupilli, Curator

rator res minoris, aut etiam procurator res, quarum adminiſtratio ipſi demandata eſt *l. 34. §. ult. h. t.* Quod verba *ex officio*, id eſt, ratione officii inferre videntur. Nec enim cur fides habenda ſit Antonio Fabro, cenſenti hoc textu illos abuti, qui conſtitutionem hujus loci ad Tutores, Curatores & Procuratores extendunt, nihil ab ipſo profertur, nec ita viſum Accurſio & Viviano ad *h. l.* Hoc autem ſenſu quem nos probamus, non eſt difficile, Cenſuram amoliri; cum manifeſta ſit ratio, cur *ex officio* nihil emendum ſit, ne vel obnoxii venditores ad iniquas adigantur Venditiones, vel adminiſtratores alienarum rerum, emptionibus ſuo commodo dirigendis inſidientur. Excipit *Anton. Faber*, venditiones publicas & bonâ fide factas ad *d. l. 34. §. ult.* non excipiunt illas Antonius Matthæus 1. *de Auction.* x. *n* 3. Brunnemannus ad *h. l. in fin.* Wiſſembach. *ad h. t. th.* 7. qui cenſent, judices & actuarios, ſcribas aliosque præpoſitos auctionibus, hodieque ab emendo in illis, arcendos eſſe, ne res viliori pretio ſibi curent addici; Quod cur ad Tutores, Curatores, procuratores *arg. h. l.* extendi non debeat, cum hi non minorem ſibi conſulendi occaſionem haberent, ratio non apparet. Etſi verum eſt, opinor, apud nos & alibi, hanc prohibitionem, tam reſpectu judicum, quàm Curatorum & miniſtrorum eſſe incognitam: A ratione tamen aliena non poteſt dici: quatenus à præpoſitis & procuratoribus ejusmodi, exquiſitas fraudes in addictionibus immobilium maxime rerum, per auctionem venditarum, commiſſas fuiſſe recordor & committi poſſe manifeſtum eſt. Nihil igitur Cenſuræ meretur hactenus hæc Conſtitutio.

2. Sed nemo Interpretum, quos ego viderim, dubitat, quin hac lege non modo, quod aliquis *ex officio*, id eſt, officii ratione, quà talis, emit: Sed etiam quicquid Præſides Provinciarum aut Rectores urbium emerint, ipſo jure nullum, & pœnis ſubjectum intelligatur, idque ſub pœnâ quadrupli. Quod multo durius & ἀνοχώτερον videtur, quam alii traducunt conſtitutionem *l. 33. d. Reb. Cred.* Ubi Præſidibus provinciarum interdicitur negotiatio fœnoris exercendi, ut vidimus ad *d. l.* 33. Ad hanc partem Cenſuræ primo ſerviet, non videri ad illam Conſtitutionem, quâ Rectoribus Provinciarum univerſum emendi commercium interdicitur, referendam *h. l.* ſed, ut dictum, ad eos qui *ex officio res emunt*, quatenus ſpecialiter præpoſiti rebus alienis, aut jurisdictionis officium circa quaſdam res & perſonas exercentes, caſdem vel eorundem res emere vellent: quod merito ſuſpectum & fraudibus obvium habetur; In judicibus autem & Magiſtratibus concuſſioni obnoxium eſſe, manifeſtum eſt. Verùm enimverò non negamus alioqui, Provinciarum Rectoribus interdictum fuiſſe emendi commercium in Provinciis. Sic enim Ulpianus ſcribit in *l. 6 §. ult. verſ. Et quod d. Off. Proconſul. Mandatis continetur, ne proconſul, vel qui in alio officio erit, emat quid, niſi victus quotidiani cauſâ.* Hermogenianus in *l. 46. §. 2. d. Jur. Fiſc. Quod à præſide, ſeu procuratore, vel quolibet alio in ea provincia, in qua adminiſtrat, licet per ſuppoſitam perſonam, comparatum eſt: infirmato contractu vindicatur, & æſtimatio ejus fiſco infertur. Nam & navem in eadem provincia, in qua quis adminiſtrat, ædificare prohibetur.* Juſtinianus quaslibet ædificationes tam urbanis quam Provincialibus interdixit magiſtra-

 giſtra-

giſtratibus, in *l. un. C. de Contract. Jud. niſi ſpecialem hoc eis permittentem reſcriptionem meruerint*, additur *in pr. d. l. Un.* Unde poſtrema hujus textus verba, *niſi ſpecialiter hoc quibusdam conſenſum eſt*, à Triboniano appicta eſſe, putat Cujacius 16. *obſ.* 13. Giphanius *l. 3. C. de his quæ vi met.* Faber in *Rational. hic* & Wiſſembach. *emblem. ad h. l.* Quæ tamen adjectio non modo à ratione recta, ſed & à juris antiqui ratione tam non abhorret, ut de Cenſurâ laborandum ſit. Eſt adhuc à regula hujus loci exceptio *in l. 62. h. t.* quam vide ſis. Sed ex illis non ſequitur neceſſario, in hoc Textu, verbis *ex officio*, contineri prohibitionem cujuslibet emptionis ab hominibus in officio aliquo conſtitutis; Sed ea quam dedimus interpretatione contentus hic locus eſſe videtur.

Ulpianus Lib. xi. ad Edict.

Labeo ſcribit: ſi mihi bibliothecam ita vendideris, ſi decuriones Campani locum mihi vendidiſſent, in quo eam ponerem; & per me ſtet, quo minus id à Campanis impetrem: non eſſe dubitandum, quin præſcriptis verbis agi poſſit. Ego, etiam ex vendito agi poſſe, puto: quaſi impleta condicione: cum per emptorem ſtet, quo minus impleatur. L. 50. d. Contrah. empt.

1. Hunc locum neceſſe non erat, in hanc claſſem redigere, niſi parendum eſſet magiſtris Cenſoribus, quorum Autumnus *hic*; *Si*, inquit, *ea quæ ſunt in uſu vitâque communi, non ea quæ finguntur aut optantur, ſpectare debemus*, *Lex* Labeo inutilis eſt. *Nam vendita erat bibliotheca, ſub conditione, ſi decuriones Campani locum vendidiſſent.* Non vendiderunt. Ergo deficit conditio, *quæ non poteſt intelligi de voluntate vendendi, ſed de perfecta venditione, pace Ulpiani dixerim*, inquit. *Sufficit, reverâ locum ponendæ bibliothecæ non eſſe venditum, quicquid de voluntate vendendi fuerit.* Nugæ magiſtrales. Quid eſt æquius quam hæc regula Juris? Qui obligatus eſt ſub conditione, ſi per eum ſteterit, quominus impleretur conditio, in ipſius præjudicium pro impleta habetur *l. 7. ſ. pr. h. t. l. 24. d. Cond & dem. l. 85. §. ult. d Verb. Obl.* Emptor hic impediendo conditionem, vel operam non dando ut impleretur id egiſſe videtur, ut obligatione ſe eximeret: qua in re non eſt æquum illi indulgeri; ſed coartandus eſt ad implendum contractum, & ſolvendum pretium. Quia ſi vult, Conditione potiri poſſit. Quin Actio venditi minus habet dubii, quam præſcriptis verbis, ut videtur. Quid enim hæc eſt, cum non ſit Contractus innominatus? Sed eſt, ut videtur, ex genere actionum præſcriptis verbis extraordinario & vago; quod applicatur, quoties de contractu aliquo nominato, & actione ex eo danda dubitatur, de qua diximus ad *Tit. de Præſcript. verb.*

Paulus Lib. v. ad Plautium.

Domum emi, cum eam & ego & venditor, combuſtam ignoraremus: Nerva Sabinus, Caſſius, nihil veniſſe: quamvis area maneat: pecuniamque ſolutam condici

dici poſſe, ajunt. Sed ſi pars domus maneret, Neratius ait hanc quæſtionem multum intereſſe; quanta pars domus incendio conſumptæ permaneat. Ut, ſi quidem amplior domus pars exuſta eſt, non compellatur emptor perficere emptionem: ſed etiam, quod fortè ſolutum ab eo eſt, repetet, ſin vero vel dimidia pars, vel minor, quàm dimidia, exuſta fuerit: tunc coarctandus eſt emptor venditionem adimplere, æſtimatione viri boni arbitratu habita: ut quod ex pretio propter incendium decreſcere fuerit inventum, ab hujus præſtatione liberetur. Sin autem ignorabat: nullam venditionem ſtare, ſi tota domus ante venditionem exuſta ſit: ſi verò quantacumque pars ædificii remaneat; & ſtare venditionem; & venditorem emptori, quod intereſt, reſtituere. Simili quoque modo ex diverſo tractari oportet, ubi emptor quidem ſciebat, venditor autem ignorabat. Et hic enim oportet, & venditionem ſtare; & omne pretium ab emptore venditori, ſi non depenſum eſt, ſolvi; vel, ſi ſolutum ſit, non repeti. Quòd ſi uterque ſciebat, & emptor & venditor, domum eſſe exuſtam totam, vel ex parte: nihil actum fuiſſe: dolo inter utramque partem compenſando: & judicio, quod ex bona fide deſcendit, dolo ex utraque parte veniente, ſtare non concedente. L. 57. d. Contrah. empt.

1. Magno contu nugas egere Nerva, Sabinus, Caſſius, Paulus cum ſuis diſtinctionibus, ſi Autumno credimus. Quoties enim partem domus emptam venditam contrahentes, vel emptor ſolus incendio conſumptam eſſe neſciverunt, ſtare non poteſt venditio. *Et hoc jure utimur*, addit, laudante Groenewegio *ad h. l.* Atque ita definitum eſſe decreto Senatus Pariſini 23. *xbr.* anno 1589. teſtatur, cujus rei fides ſit penes Autumnum, qui procul à foro Pariſienſi egit, cum Mornacius illius Fori Patronus eruditiſſimus, ex hoc loco πραγματικῶς argumentetur: quemadmodum & Brunnemannus è Germanis. Sed Autumnus miratur, ab Interpretibus id non eſſe animadverſum, ut etiam turpe vocet erratum hoc, quod in celebratiſſimis Cujacii commentariis hæſerit. Imo rationibus ex ipſo Jure Civili petitis, οἰκείοις πτεροῖς, *propriis ſagittis* Auctores Juris confodit. Primò ex *l. 8. d. Peric. & Comm. rei Vend.* ubi ſcriptum eſt, Emptionem Venditionem, *eſſe perfectam, ſi id quod venierit, appareat, quid, quale, quantum ſit.* Unde ſic juris eſſe videtur, rem integram eſſe debere tempore Contractus. Si tunc integra non appareat, non valere contractum. Idem fere docet lex 38. §. *cum autem* 14. *d. Ædil. Ed.* Si par, triga, quadriga jumentorum veneat, unumque ex iis redhibendum ſit jumentum, ita juris eſſe, ut omnia redhibeantur. Quod etiam eſt *in l. 44. h. t. Si duos ſervos emerit uno pretio, quorum alter ante venditionem mortuus, neque in vivo conſtat emptio*, inquit Martianus.

2. Ad hæc ita videtur reſpondendum: Quod venditum eſt, tempore contractus exiſtere & apparere debet, *d. l.* 8. Proinde, ſi par vel biga jumentorum, ſi triga, quadriga, non ſit talis, emptio venditio non valet. *d. l.* 38. & *l.* 44. Si domus etiam vendita, non ſit domus, tempore contractus, emptor non tenetur, quod de domo venditâ ſupereſt, accipere. Cum autem à potiori fiat denominatio, ſi pars major domus ſuperſit, domus eſſe videtur, & emptio venditio ſubſiſtit, ut defectus empti venditi actione ſuppleatur *h. l.* 57. ſic tamen, ut in præjudicium ſcientis ob dolum, in favorem ignorantis interpretatio fiat,

 quem-

quemadmodum eſt in textu. Quæ cum æquitati convenientiſſima ſint, non placet amplius cum Fabro reciprocare ſerram, utrum verba quæ ſequuntur poſt voces, *Neratius ait*; hoc eſt; totus ſere textus, à Paulo ſit, an à Triboniano. Niſi quod hoc ad Eunomiam pertinet, quod neceſſe foret dicere, Tribonianum non modo ſub nomine Pauli tam prolixum edidiſſe Textum ut Faber vult, ſed etiam ſuas diſtinctiones falſo adſcripſiſſe Neratio; Tribuit enim Neratio ea quæ ſequuntur. Quod cur feciſſet, quod facere nihil opus erat, cum Pauli nomen æque fuiſſet idoneum, quam erat Neratii, nihil cauſæ videtur. Nec adeò, quod hoc fecerit, tam eſt probabile, ut ideo Cujacius etiam à Fabro increpandus fuerit, quod hanc ſuppoſitionem non animadverterit, dum hujus textus lectionem defendit in *lib.* 14. *obſ. c.* 11. Sed in ſequente textu novum eſt argumentum, quo Faber admiſſum Triboniani evincit: Oportet hoc videamus.

Papinianus Lib. x. Quæſtion.

Arboribus quoque vento dejectis, vel abſumptis igne, dictum eſt, emptionem fundi non videri eſſe contractam, ſi contemplatione illarum arborum (veluti oliveti) fundus comparabatur: ſive ſciente, ſive ignorante venditore. Sive autem emptor ſciebat, vel ignorabat, vel uterque eorum: hæc obtinent, quæ in ſuperioribus caſibus pro ædibus dicta ſunt. L. 58. *d. Contrah. empt.*

1. Antonius Faber in *Rational. ad L. Præced. ſub fin.* ultima hujus textus verba non modo negat eſſe Papiniani, ſed etiam à Triboniano male ineptèque adſuta eſſe contendit. Cum enim Lex Præcedens ſit Pauli, hæc Papiniani, non poterat hic locus ex *lib.* x. Quæſtionum Papiniani deſumptus reſpicere ad locum Pauli ex *lib.* 5. *ad Plautium.* Atqui ſic ultima periodus eſt concepta; *ſive autem &c hæc obtinent, quæ in ſuperioribus.* Non poteſt dubitari, quin hoc ſit emblema Triboniani, licet omiſſum Wiſſembachio noſtro *in ſuis Emblematis*, quæ tantum petiit ex aliis; E Fabro petere noluit. Certè cum è Papiniano retuliſſet in hac *l.* 58. Tribonianus aut eius miniſtri Profeſſores, quod de arboribus hic eſt poſitum, ſubiecerunt, ut videtur, eandem ſcientiæ & ignorantiæ diſtinctionem in illis obtinere, quam ſuprà de Ædibus inſtituerant. Atqui Papinianus ſcire non poterat in *libris Quæſtionum*, quid compilatores, poſt tria ſecula, ſupra locum è ſuis libris excerpendum collocaturi eſſent, ut ad illa referret, τὸ *ſuprà.* Nam ſi quis Papinianum in libro *illo* x. *Quæſt.* eaſdem & eodem loco putet habuiſſe diſtinctiones, quas hic à Paulo in *l.* 57. inſertas vidimus, ut ſic τὸ *ſupra* ad eoſdem vel eundem Papiniani librum ſpectet, rem nimis fortuitam & incredibilem acciperet ut probabilem.

2. Fatendum eſt igitur hæc ultima verba videri adjectitia Triboniani. Sed nego eſſe peccatum in eo, Juſtinianus enim uno contextu ſcribi voluit Paandectas, ut ſuum opus; nomina Juris Conſultorum honoris cauſâ præfigi juſſit, non ut opus interrumperent. Si quid igitur mutaverit, addiderit, vel ſubtraxerit Imperator, nihil in eo per ſe peccati eſt; modo nulla inde confuſio in Artem invehatur, ut ſæpe diximus, inde jam à principio *ad Conſtitut. Dedit nobis*

Digitized by Google

lis, huic operi præfixam. Atqui ex hac periodo nihil obſcuritatis, confuſionis, vel incommodi oritur: cum ſimpliciter præbeat remiſſionem ad locum præcedentem. Nec ideo probat, etiam quod enixè vult Faber, diſtinctiones *Legis* 57. eſſe à Triboniano: Potuit enim is æque remittere Lectorem ad dicta Pauli ſuperius poſita, quam ad ſuâ.

3. Cæterum, hoc ſatis eſt notabile, quod Faber adſeverat, Tribonianum non eſſe auſum ulli è Papiniano excerpto loco manus injicere, quam huic ſoli. Quod non concedit ei Wiſſembachius noſter in *Emblem. Trib. ad l.* 1. *d. Uſur. l.* 15. *d. Rit. Nupt. l.* 13. §. *ult. d. Tutor. & Curat. l.* 5. *de Jur. Codicill.* de quibus forte videbimus *in locis ſuis*. Obiter ad argumentum hujus textus. Cur, ſi domus parte paulo minore combuſta, valet emptio venditio, *l.* 57. *h.* non valet etiam, arboribus adjectis aut combuſtis? Hoc ideo, quia contemplatione illarum arborum fundus erat comparatus, idque ſpecialiter actum erat, ſecus ac in *L. Præced.* ſalvâ tamen eadem interpretatione, contra ſcientem & in favorem ignorantis.

Javolenus Lib. 11. Epiſtol.

Fundus ille eſt mihi & Titio emptus. Quæro, utrum in partem, an in totum venditio conſiſtat, an nihil actum ſit: reſpondi: Perſonam Titii ſupervacuo accipiendam, puto: ideoque totius fundi emptionem ad me pertinere. L. 64. *d. Contrah. empt.*

2. Cenſura hujus loci una communis eſt, cum ea, quam habuimus ad *l.* 9. §. 4. *d. Reb. Cred.* ubi eſt, Alium alii obligationem acquirere non poſſe: quod plerique Juri Naturæ & Gentium volunt eſſe contrarium; qui proinde *legem hanc* 64. Uſu damnatam eſſe adfirmant, ut Groeneweg. *hic.* Nos ex ratione juris Naturalis aliter exiſtimamus, ut ex iis quæ ad *d.* 9. §. 4 nec non ad *l.* 17. §. 4. & *l.* 12. §. 2. *d. Pact.* habuimus, intelligi poteſt. Rogo enim; ſi quid mihi & Titio emerim, quam cauſam agendi Titius habebit? Accipiendus enim eſt caſus *h. l.* 64. ſi Titius nil mihi mandaverit, nihil mecum egerit. Jus naturæ non dictat, aliquem agere poſſe adverſus alium, qui nihil cum ipſo, vel contra ipſum, egit aut locutus eſt, ubi nihil inter partes eſt medium rei, dicti, vel facti; multo minus ego contra Titium agere poſſum, ut rem à me, ipſi ignaro emptam accipiat. Hanc igitur cenſuram mittimus. Sed cur totus ad emptorem fundus pertinet, cum reſpectu tertii, obligatio ſit ipſo jure nulla §. 4. *Inſt. de Inutil. ſtipul.* ubi, *ſed placuit, non plus quàm dimidiam partem ei acquiri*? Nam quod extraneo inutiler ſtipulatus ſum, non auget meam partem, nec in contractibus habet locum jus Accreſcendi *l.* 110. *in pri. pr. d. V. O.* Differentia petenda eſt à diverſa rerum natura. Si res dividua ſit in ſtipulatione, ſic obtinet, ut eſt *in d.* §. 4. & *l.* 110. ſecus, ſi res individua ſit. *L. Stipulationes non dividuntur* 72. *d. V. O.* quales ſunt ſervitutes *l.* 5. *Com. Præd.* Sic etiam fundi venditi cauſa indiviſa eſt *l.* 139. *d. V. O.* & odium Communionis, in quam incideret emptor, pleraque habet ſingularia *l.* 77. §. 20. *d. Legat.* 2. *l.* 47.

dem ratio *l.* 30. *d. Teſtam. Tut.* Denique, nec abſurdum eſt argumentum Alfeni ad abſurdum, illud: Si lapidicinæ non apparentes comprehendantur, fieri poſſet, ut totus fundus aliquando exceptus reperiretur, ſi totus forte lapide ſubterraneo repletus eſſet. Nec id tam incredibile & inauditum eſt, quam Autumnus putet, ut vena lapidis, ſicut metallorum, ſe per omnem diffundere queat fundum. Quo tamen caſu, ſi venditor id actum probaret, ut lapidicinæ etſi non apparentes, ſuæ manerent, eoque prætextu totum repeteret fundum, æque ad pretium reddendum teneri videretur, per *l.* 11. §. 18. *verſ. neque enim bonæ fidei, & l.* 50. *d. Action. empt.*

Labeo Lib. IX Poſterior. à Javoleno epitomar.

Frumenta, quæ in herbis erant, cum vendidiſſes: dixiſti, te, ſi quid vi, aut tempeſtate factum eſſet, præſtaturum. Ea frumenta nives corruperunt: ſi immoderatæ fuerunt, & contra conſuetudinem tempeſtatis, agi tecum ex empto poterit. L. 78. §. 3. *d. Contrab. empt.*

1. Cenſuræ duplex argumentum. Primo enim pleriſque populis ita viſum eſt, ejusmodi venditiones frumentorum, quæ adhuc in herbis ſunt, eſſe captioſas, & agricolarum ſimplicitati graves, quibus non expedit, experiri caſus fortuitos ab hominum inſidiis: Eſſe quod ſpes ſuas à divinâ benedictione ſuſpendant, neque ſe præbeant inſidiis monopoſarum & vulpium frumentariorum, Zypæ. *Not. Juris Belg. Tit. de Empt Vend.* §. *de Annonâ.* Anſelm. *Cod Belg. in verb.* **hooyn.** Neoſtad. 1. *Supr. Cur. Deciſ.* 16. *inf.* Anton. Matth. *de Crim. lib* 48. *tit,* 9. *n.* 1. *in fin.* Ubi; *quoniam res tendit ad Annonæ flagellationem.* Molinæus de Uſur. *n.* 470. Idem placuit Friſiis *lib.* 2. *Stat. tit.* 8. *art.* 1. Omnes *Venditiones & contractus de frumentis, navalibus menſuris,* **by laſten** / *tradendis, dum adhuc in ſatis, aut dum in ariſtis ſunt, & adhuc creſcunt, nullius momenti erunt ac abolentur.* Quibus verbis apparet, hanc prohibitionem non leviter reſtringi, ut docet Sandius 3. *deciſ.* 4. *def* 7. & nos in *Part.* 1. *Juris pr. Hod. lib.* 2. *cap* 3. *n.* 4. *& ſeqq.* Quod ad defenſionem Juris Romani attinet, dicendum eſt ita; Magnam eſſe latitudinem rerum civilium; Magnam populorum & ſeculorum in moribus & æſtimatione decori vel utilitatis publicæ, differentiam; ut ex omnium collatione Legum & Statutorum colligitur. Nec quod uſi placuit, aliis diſplicuit, ideo in alterutram partem reprehendendum eſt. Denique, non eſſe hanc imperfectionem Juris Romani, patet inde quod in pleriſque populis iſtæ prohibitiones uſu mercaturæ & Agriculturæ jam pridem ſubactæ abolitæque ſunt, ut Groenewegius ad *h. l. n.* 2. teſtatur. Apud nos amiſiſſe Legem ſuam vim, non tam dixerim; quàm per exceptiones è verbis Statuti reſultantes, exiguum ejus uſum eſſe, ut docet uſus Fori quotidianus.

7. Alterum in hoc textu ἀκατάληπτον eſt, quod venditor, qui recepit ſe præſtiturum, ſi quid vi aut tempeſtate nocitum eſſet frumento, corruptis nive frugibus teneatur, ſi immoderata fuerit nix, & contra conſuetudinem tempeſtatis. Ergo ſi non immoderatæ fuerint nives, nec extra conſuetudinem tempeſtatis

non

non tenebitur? Ita videtur è contrario verborum ſenſu inferendum. Sed hoc tam abſurdum videtur, ut plerique Interpretum, ait Faber, ita locum intellexerint, quod venditor eo tantum caſu, ex illo pacto teneatur, quo nives quidem nimiæ, ſed tamen ſolitum non egreſſæ modum frumenta corruperint. At hic ſenſus ſine mutatione Lectionis obtineri non poteſt. Accurſius & Faber, aliique nihil abſurdi inveniunt in eo, quod è contrario ſenſu collegimus Venditorem, qui vim tempeſtatis in ſe recepit, teneri ad inſolita, non æque ad ſolita. Quo ita contrahentes periculum partiri voluiſſe videantur, ut ſolitam tempeſtatis vim emptor ex natura Contractus ferat, inſolitam venditor in ſe recepiſſe credatur. Forſitan etiam hic τὸ ἁπλούστερον, σαφέστερον, quod ſimplicius, eſt melius. Venditor frumenti recepit, ſe præſtiturum, ſi quid vi aut tempeſtate factum eſſet. Quæritur, an ſi immoderatæ inſolitæque nives frumenta corruperint, venditor ex pacto teneatur, quia non ſolent ad caſus in cogitatos trahi conventiones *l. 5. d. Tranſact.* Reſpondet Labeo, teneri Venditorem, quia generaliter omnem vim tempeſtatis in ſe recepit. An inde ſequitur, illum eſſe liberum, ſi nimia nive, non tamen omnino inſolita, fruges ſint obrutæ? Imò tum maxime, Verba, *ſi quid tempeſtate factum erit*, uſu veniunt ac obtinere debent & qui periculum in ſe recepit, haud dubie tam ſolitum, quam ad inſolitum; & ad illud vel maxime tenebitur; quia de ſolitis inprimis cogitant partes. Sit igitur & hoc, ſi placet, exemplum; à contrario ſenſu non ſemper argumentum valere certò & tutò.

Ulpianus Lib. XXII. ad Edict.

Imperator Severus reſcripſit: Sicut fructus in diem addictæ domus, cùm melior condicio fuerit allata, venditori reſtitui neceſſe eſt: ita rurſus, quæ prior emptor medio tempore neceſſario probaverit erogata, de reditu retineri: vel ſi non ſufficiat, ſolvi æquum eſt. Et credo ſenſiſſe Principem de empti venditi actione. L. 16. d. Addict. in diem.

1. Cenſura Autumni: Fructus in diem addictæ domus, licet melior conditio fuerit allata venditori, neceſſe non eſt reſtitui, quicquid dicat in hac *l.* 16. Ulpianus, & *in L. Item quod dictum eod.* Sic ille contra claram Juris doctrinam optima ratione ſubnixam; quia, ſi melior allata fuerit conditio, res inempta fit, omniaque retro aguntur *l. 1. & f. h. t.* Duæ ſunt rationes in diverſum. Prima, quod bonæ fidei poſſeſſor fructus perceptos & conſumptos lucratur §. 35. *I. de A. R. D.* Emptor autem ſub addictione in diem, ſine dubio eſt bonæ fidei poſſeſſor, imo verus dominus, qui fructus lucrari dicitur *l.* 2. §. 1. *l.* 4. §. 3. *h. t.* Reſpondetur, Allata meliore conditione, res ita retrò agitur, ut nihil actum videatur; idque ſcivit emptor futurum, ſi melior allata foret conditio: quæ res etiam qualitati bonæ fidei obſtare videtur. Altera Autumni ratio eſt, quod Venditor pretio fruatur, ideoque fructus emptorem lucrari oporteat. In quo ſummam habet rationem, non ut Emptor fructus retinere debeat; ſed ut Venditor, ſi pretium acceperit, eoque ſit uſus, interuſurium

fructum emptori præſtet, ut rectè Brunnemannus *ad h. l.* & Lauterbachius *ad h. t. th.* 7. imo & Ulpianus in *l.* 29. §. 2. *d. Ædil. Ed.* Quod ſi fiat, nihil eſt cauſæ, cur æquius & melius ſit, fructus ab emptore retineri, quo jure nos uti adſerit Autumnus *in fin. ad h. l.* ſed non probat. Magis probo, Addictiones in diem, quibus pura venditio fiat, & poſſeſſio transferatur, interea dum melior expectetur conditio, eſſe rariſſimas uſu hodierno; quemadmodum frequentiſſimæ ſunt Addictiones in diem, ſine poſſeſſione, quibus emptio venditio ſub conditione contrahitur, quam noſtrates vulgo appellant, Proviſionele palmſlach.

Ulpianus Lib. xxxII. ad Edictum.

Sed quod ait Neratius, habet rationem, ut interdum fructus emptor lucretur, cum pretium, quod numeravit, perdidit. Igitur ſententia Neratii tunc habet locum, quæ eſt humana, quando Emptor partem aliquam pretii dedit l. 4 §. 1. *d. Leg. Commiſſ.*

1. Venditus eſt fundus, hac Lege, Si emptor pretium intra duos menſes non ſolvat, rem fore inemptam. Proinde, ſi pretium non ſolvat, actione Venditi ad rem cum fructibus reſtituendam tenetur. Quid ſi partem pretii ſolverit? adhuc res inempta fit; ſed pro rata pretii quod ſolvit, retinet fructus ex ſententiâ Neratii, quæ humanitatis reſpectu admiſſa fuit: Nemine contradicturo. Sed quid de parte pretii quam ſolvit, fiet; ſi fructus eam non adæquent; numquid hæc venditoris lucro cedet? Ita videtur, ex verbis: *cum pretium, quod numeravit, perdidit*: & ex ultimis, *quando emptor aliquam partem pretii dedit.* Mirum eſt, eos qui laudant in Neratii ſententia humanitatem, non eſſe ſollicitos de mitigandâ *hujus loci* duritate in eo, quod venditor pretii partem ſibi ſolutam, propter moram in reliquo pretio ſolvendo, retinet atque lucratur. Quod inopibus grave emptoribus, ac idcirco alienum à moribus hodiernis adfirmat eſſe Groenewegius *ad h. l* Sæpe enim fit, ut ſine culpa totum ſolvi nequeat, cum numeratio totius debiti non ſit in expedito *l.* 10. *in fin. pr. d. Fidejuſſ.* & ob ejusmodi defectum tralatitium, emptorem non uſuris aut fructuum jacturâ, ſed parte pretii ſolutâ notabili mulctare, cumque ſolatio fructuum interim perceptorum eſſe jubere conſentum, nimis enorme & inhumanum videtur Nec à dolo venditor excuſati poſſe, qui & rem & pretium, pro parte ſaltem, retinere velit, contra *l.* 11. §. 18. *d. Action. Empt.* & cum alterius jacturâ locupletari, contra æquitatem naturalem *l.* 14. *d. Condict. Indeb.* denique, legem hanc duram & uſurariæ Labi adfinem eſſe monet Zoeſius ad *h. t. n.* 4. & Lauterbachius *ad h. t. th.* 10. laudatis Bachovio, Mæſtertio & aliis. Brunnemannus etiam dubitat, an in foro conſcientiæ locum habeat, adverſus imperitum legis, de perito ſecus arbitratur. Atqui hanc legem omnes ſciunt; ſervandam eſſe fidem quam dederis; Et ſi lex ſive Pactum pœnale ſit, eam pœnam exigi poſſe ſciunt omnes. Unde vix eſt, ut inter ſcientem & ignorantem diſtinctio hic uſum habeat.

2. Ego tamen ita exiſtimo, defenſionis cauſam hac parte non deeſſe Juri Romano. Quid enim eſt aliud in Lege Commiſſoriâ, quam pænale pactum? Si quis

promiſerit rem vel factum, & nî præſtiterit centum, quis iniquum eſſe dicet, hanc pœnam exigi, ab eo, qui ſe ad illam obligavit? Hoc ſaltem intereſt, quod in lege Commiſſoriâ (quâ hic agitur, non ſpecialiter dictum eſt, ut ſi totum non ſolvat pretium, quod ſolutum eſt perdat: ſed natura negotii id ultro dabat. Qui dicit, pretio intra diem non ſoluto rem fore inemptam, de omni pretio loquutus eſt, nec aliter intelligi potuit; ſicut emptor actionem ex empto non habet, niſi toto pretio perſoluto *l.* 13. §. 8. *d. Action. empt.* Quis ignorat Inemptâ re facta, rem ipſam & totam eſſe reſtituendam: Quod ſolutum fuerit, quâ id actione repetet? cum nihil quam negligentiam & defectum fidei datæ proferre queat. Ratio plane, pro jure Romano non deficit. Uſus ſicubi diverſus ſit, habeat eandem humanitatis rationem, quam Neratius in fructibus perceptis ſequutus eſt. Sanè Illud ipſo Jure Civili cautum: ſi poſt diem lege Commiſſoria expreſſum, venditor partem reliquam pecuniæ accepit, receſſum videri à Commiſſoriâ *l.* 6. §. *ult. h. t.* Moribus etiam hodiernis, ipſam Legem Commiſſoriam, non niſi poſt interpellationem & ſententiam declaratoriam exerceri teſtis eſt Groenewegius *ad h. l. in fin.* quod uſui Fori in *ſimilibus*, *ſatis* eſt conſentaneum.

Ulpianus Lib. XXXXVIIII. ad Sabin.

Cum quis debitori ſuo heres exſtitit, confuſione creditor eſſe deſinit. Sed ſi vendidit hereditatem: æquiſſimum videtur, emptorem hereditatis, vicem heredis obtinere, & idcirco teneri venditori hereditatis: ſive, cum moritur, teſtator debuit; quamvis poſt mortem debere deſiit, adita à venditore hereditate: ſive quid in diem debeatur: ſive ſub condicione, & poſtea condicio exſtitiſſet, Ita tamen, ſi ejus debiti adverſus heredem actio eſſe poterat: ne fortè etiam ex quibus cum herede actio non eſt, agatur. Et ſi ſervitutes amiſit heres inſtitutus, aditâ hereditate, ex vendito poterit experiri adverſus emptorem, ut ſervitutes ei reſtituantur. L. 2. §. 18. & 19. *d. Hered. vel Act. Vend.*

1. Titius heres factus debitoris ſui vendidit hereditatem; Et emptor omni ære alieno ſine dubio tenetur. Venditor ſuum quoque nomen profert, & petit ab Emptore quod ſibi à defuncto debebatur: qui intentionem ejus bifariam refellit. Primò enim ſic ait, Tu heres debitoris tui factus, creditum tuum amiſiſti per Confuſionem *l.* 75. *d. Solut.* quod ſine novâ cauſa, quæ hic nulla exſiſtit, reviviſcere non poteſt *l.* 98. §. *aream d. t. de Sol.* ut etiam de Servitutibus proditum eſt; eas ſemel extinctas, ſine ſpeciali conſtitutione non renovari *l.* 18. *d. Servit. l.* 30. *d. S. R. P.* etſi hic contra ſcriptum ſit in § 19. Alia eſt Emptoris ratio ab æquitate petita; Tu vendidiſti hereditatem, neque tuum creditum ullo verbo commemoraſti, vel excepiſti. Hoc jam ex poſt facto petere, dolo proximum videtur. Ac ita viſum eſſe, non modo proprætori Pariſienſi, ſed etiam celebrioribus Fori Pariſienſis Advocatis, qui Antonio Ferrando Advocato, ex hoc §. 12. Venditori patrocinato, auctores fuerint, non appellandi, quod tanta *hujus* §. eſſet ſubtilitas, ut minima ſpes foret, Senatum eſſe probaturum tam

inex-

inexpectatum *ἀπροσδόκητον*; auctor eſt Mornacius *ad h. & l. 20. h. t.* Quibus accedit, quod diſſimulatio Venditoris non niſi inſidioſa videri poſſit.

2. Mirum eſt, adeo diſcrepantia Prudentium Virorum eſſe judicia, ut quod Ulpianus *æquiſſimum* eſſe pronuntiat, hoc Juris Conſulti hodierni, ad ſpeciem ſummi juris, quod ſumma ſit injuria meræque ſubtilitatis, referendum putent. Et quod Africanus, ut ſimpliciſſimum laudat, in *l.* 20. §. 1. hoc Mornacius excellentis judicii Interpres, *ex acumine ipſi, quæ juris apicibus* eductum cenſeat. Cum tamen hæc ejusmodi ſit materia, quæ mutatione morum & ſeculorum nullam recipit diverſitatem: In hominum judiciis alterutrâ parte opinionis errorem latere verſarique oportet. Pro Ulpiano quid dici poſſit, videamus. Ipſe ait, *Emptorem hereditatis, vicem heredis obtinere.* Heres à Venditore, ſive Creditore defuncti conveniri potuiſſet; Ergo & emptor eâdem actione, quæ in heredem dabatur, quod eſt vicem heredis obtinere, ut Acurſius monet. Hoc verò negat Ant. Faber, eo quod actio ſemel extincta renovari non poſſit, ut modò diximus, ne à Prætore quidem *L. 2. §. ult. Si ex nox. cauſ. ag.* Hac igitur ratione hujus L. ſententiam non poſſe defendi. Opus eſſe aliâ defenſionis via, quæ hæc ſit, Venditori eidemque creditori competere actionem ex Vendito, in quam veniant omnia, quæ ſunt ex æquitate & bonâ fide, quatenus inter emptorem & venditorem hereditatis id actum intelligitur, ut nec plus nec minus ad emptorem hereditatis, quam penes heredem quemlibet futurum eſſet, perveniat *l. 2. in pr. h. t.* Unde quæ adverſus heredem alium actio data fuiſſet, eandem in emptorem hereditatis competere oporteat. Res eodem redit; nec tamen ab Accurſii ratione cauſam recedendi habemus: Creditor idemque venditor adverſus emptorem hereditatis eandem ſine dubio habet actionem Reſtitutoriam, quæ adverſus heredem competeret, ſi illa non reviviſceret, ſed extincta maneret, nullam opinor, actionem haberet. Quod autem à lege reſtitui non poſſit actio, ubi æquitas id poſtulat, nulla juris ratio probat. Hæc autem in hypotheſi noſtæ L. extincta fuit confuſione; Atqui habet. Ergo revixiſſe oportet actionem & reſtitutam fuiſſe. *l. 8 §. 7. & ſequ. Ad SC. Vell.* Ipſaque *l. 2. in in fin. ſi ex nox. Cauſ. ag.*

3. Sed ad æquitatem Ulpiani ſententiæ adſerendam, nihil intereſt utrâ rationis viâ incedamus, Emptor hereditatis vicem heredis obtinet: Nec plus, nec minus habere debet, quam heres habuiſſet. Tenetur de omni ære alieno, præviſo & incognito, in infinitum; nec adverſus venditorem habet regreſſum ex eo, quo is aliquas ſpecies æris alieni omiſerit: nequidem ſi læſus ſit ultra duplum, ut ex *hac l. 2. §. 2. & paſſim.* liquet, ac probat inter alios Sandius noſter *lib. 3. tit 4. def. 14.* De jure Crediti, Venditoris, non habet querendi cauſam, magis, quam de ullâ ſpecie æris alieni antea non detecti vel prædicti. Et cum nihil verius ſit, quam quod vulgò ajunt DD eum, qui Hereditatem emit, quaſi jactum retis emere propter incertitudinem lucri & damni in hereditate comprehenſi, nihil eſt cauſæ, cur emptor ob id quod à parte venditoris exoritur, magis quam reliunde læſus videatur. Nec venditor ad ſuum creditum magis, quam ad reliquum æs alienum profitendum tenetur. Quam negotii naturam conſiderans Ulpianus, nihil ab æquitate alienum ſtatuiſſe videtur, Nec cur id ho-

dieque Judices ſequi poſſint & debeant, ſatis cauſæ proſertur, ut jam diximus in *Prælect. ad h.t.n.* 3.

Pompon. Lib. xv. ad Sabinum.

Celſus filius putabat: ſi vendidiſſet mihi filiusfamilias rem peculiarem: etiam, ſi conveniat, ut abeatur ab ea venditione; inter patrem, & filium, & me convenire debere: ne, ſi cum patre ſolo pactus ſim, filius non poſſit liberari: & quæratur, utrumne nihil agatur ex eà pactione, an verò ego quidem liberer, filius maneat obligatus. Sicuti ſi pupillus ſine tutoris auctoritate paciſcatur: ipſe quidem liberatur, non etiam qui cum eo pactus eſt. Nam quod Ariſto dixit, poſſe ita paciſci, ut unus maneat obligatus, non eſt verum: quia pro una parte contrahentium abiri pacto ab emptione non poſſit, ideo ſi ab una parte renovatus ſit contractus, dicitur, non valere ejusmodi pactionem: ſed dicendum eſt, patre paciſcente, & liberato adverſario, filium quoque obiter liberari. L. 1. *d. Reſcind. Vend.*

1. Ultima verba, *ſed dicendum eſt &c. non dubito*, ait Faber *hic*, quin *ſint Triboniani' Prudentum noſtrorum reſponſa more ſuo ad libitum corrumpentis & nihil minus, quam ad juris rationem attendentis.* Cui bono? dicat Caſſius. Nullo quam corrumpendi ſtudio ſcilicet: nec enim hic ad ævum vel ad ſententiam Imperatoris ſui quicquam flexit, ut ſunt omnia Wiſſembachii noſtri emblemata. Sed videamus, quare hæc, uti ſcripta ſunt, ita conſiſtere non poſſint. Species facti: Filius rem à patre in peculium conceſſam, vendidit. Male, judicio Patris; qui cur alioqui conſentire nollet, ratio non apparet. Hic igitur emptorem convenit & paciſcitur ab eo, ut res inempta ſit. Quæritur, an hoc conſenſu Emptio Venditio diſſolvatur? Negabat Celſus; quia filius venditor in contrarium ipſe conſentire debet. Pactum Patris non nocere vel prodeſſe filio, ſed valere tantum inter Patrem & emptorem; vel potius eo nihil actum videri. Ita Celſus. Subjungitur, Ἐπίκρισις, contra Celſi opinionem; Pactum inter Patrem & emptorem valere, directè: Conſequenter, *obiter*, liberare filium. Quia cum res vendita ſit propria patris, in peculio ſcilicet profectitio; pactum pro Inempto habendi, ſervat dominium Patri, & conſequenter filium à vendendi obligatione liberat. Qaod ſi hæc ultima verba non ſint Pomponii, ſed Triboniani, neceſſe dictu foret, Pomponium nihil ad Celſi opinionem improbatam repoſuiſſe: Niſi fingere velimus, quod nec Ant. Faber ὑπερκριτικῶς fingere veretur, Tribonianum aliam Pomponii reſponſionem induxiſſe, deleviſſe, ſuamque falſam & ineptam ſubſtituiſſe, quo quid inſolentius & creditu alienius proſci poſſit, neſcio.

2 Sed quæ ratio Fabrum movet ad tam enormem Criſin? Non eſt de nihilo difficultas, quam movet. Alius alii ſtipulari vel paciſci non poteſt, ne quidem Pater filio *l.* 17. §. 4. *l.* 21. §. 2. *d. Pact. ubi diximus.* Et ſi de re peculiari agatur, ut hic, filius in ſolidum, Pater de peculio ſaltem tenetur *l.* 44. *d. Pecul. l.* 49. *d O. & A.* Unumquodque ſolvitur eo modo, quo eſt colligatum *l.* 35. *d. R. J. l.* 80. *d. Solut.* Filius igitur, qui vendidit, in contrarium oportet ipſe conſentiat

ſentiat, ut Emptio Venditio reſolvatur: In quo Faber eſt prolixus. Et habet rationem, quod attinet ad directam conventionis vim; quo modo & Celſus habuit rationem. Sed multa, utilitatis cauſâ, contra ſubtilitatem juris eſſe recepta innumerabilibus exemplis probari poteſt. Filiusf. re peculiari vendita, ſummo jure non poterat liberari, niſi per contrarium ipſius & emptoris conſenſum: Propter æquitatem & utilitatem, placet Patris, in cujus eſt poteſtate, ſufficere conſenſum, non ut directè, ſed *obiter* liberetur, hoc eſt, ut diximus, per conſequentiam. Elegantius id, *obiter*, à Pomponio dictum videtur, quam ut nos interpretati ſumus: magis neceſſario, ad intellectum rei, quàm quod ſatis Latinum ſit, *per Conſequentiam*. Argumentoque velim eſſe, *hanc* vocem præter rem ipſam; ut credamus hunc verſum non eſſe à Triboniano, a quo id aliter expreſſum fuiſſet; nec opus adeo Fabrianâ emendatione; pro *Obiter*, ut legamus, *ob id*. Denique, Nec novum eſt, ut pactum Patris, quod filio directe non prodeſt, indirectè ipſi applicetur; Nam Julianus ſcribit, ſi Pater filio paciſcatur, exceptionem pacti filio non dari, de dolo exceptionem eſſe dandam, ut teſtis eſt Paulus *in d. l. 21. §. 2. d. Pact.* Moleſtus eſt Faber adhuc arceſſitâ difficultate; filium utique invitum Pacto Patris non liberari, de quo nihil in textu. Exiſtimo tamen iſtam liberationem, quæ in hoc caſu filio, per contrarium Patris conſenſum obiter applicatur, ignorantem quoque & invitum liberare, quia de præjudicio Patris agitur, & quia modus hic liberandi & recedendi à Venditione committitur *ipſo jure §. Hoc amplius 4. I. Quib. mod. toll. obl. l. 3. l. 5. §. 1. h. t.* Quod autem ipſo jure fit, ab actu voluntatis non pendet, verum pro invito quoque fit cum effectu *pr. I. Quib. mod. toll. obl. l. 23. d. Solution.* Etenim liberatio, quæ obligationem ipſo jure tollit, pro parte fieri non poteſt, ut contra Ariſtonem Celſus hic defendit recte. Niſi quod Ariſto de Pacto locutus eſt, forte de tali ſpecie, qualis eſt *in l. 56. d. pactis:* Si convenerit, *ne dominus à colono quid peteret*, colonus pacto liberatur; quia pacta ſunt facti, non juris, ideoque perſonarum terminos nullo modo egrediuntur *l. 27. §. 1. d. t. de pact.* Quid heic interſit, diximus. Contrarius conſenſus ipſo jure operatur; & quatenus *obiter* fit, eundem tamen effectum, vi Patriæ poteſtatis, ipſo jure liberandi filium conſequitur.

Paulus Lib. 11. ad Edict.

Si id, quod pure emi; ſub conditione rurſus emam, nihil agitur poſteriore emptione. l. 7. in pr. d. Reſcind. Vend.

1. Brunnemannus *ad h. l.* Neſcio, an non ſubtilis magis, quàm utilis ſit hæc lex. Nam ſi prius purè emiſſem domum, cur non liceat ambobus à contractu puro diſcedere, & novum contractum facere? Et nemo poſtea conditionaliter emet, qui prius purè emit, niſi animum diſcedendi à primo Contractu habuerit. Ita *Brunnemannus*. Quid ita Paulus ineptè! Profecto, ſi poſterior emptio, novandi animo contracta ſit, ut à priore contractu recedatur, nulla dubitandi ratio eſt, quin poſterior utilis ſit venditio. Sed ego cum Antonio Fabro

putem, hujus loci hanc eſſe doctrinam, eamque veriſſimam; bis eandem rem ab iiſdem emi, vendi non poſſe; poſteriorem emptionem eſſe nullius momenti, quia quod meum eſt factum, vel ita rurſus addictum, ut meum ſit futurum, non poteſt iterum fieri meum, vel ita rurſus addici, ut meum fieri debeat. Hoc ut in pura venditione clarum eſt, ita nec aliter in conditionali ſe habet. Nam quod eſt meum pure, non poteſt ſub conditione meum fieri. Novandi animus non præſumitur *l. ult C. de Novat.* Non eſt igitur, ut verba *ſub conditione* διχρονῶ inferant hoc loco, & oppoſitionem cum purâ, quaſi hæc à regula excluderetur. Id tantum vult Paulus; Secunda emptio venditio inter eaſdem perſonas, non tollit priorem venditionem, ut contrarius conſenſus eam tollit; ſed res in primâ emptione Venditione ſubſiſtit: niſi aliunde conſtet, id actum fuiſſe, ut à priore contractu recederetur, quod præſumi non poſſe natura novationis indicat.

Scævola Lib. IV. Digeſtor.

Fundus, qui Lucii Titii erat, ob vectigale reipublicæ veniit. Sed cum Lucius Titius debitor profeſſus eſſet, paratum ſe eſſe vectigal exſolvere ſolidum, cum minore veniſſet fundus, quam debita ſumma eſſet; præſes provinciæ reſcidit venditionem, eumque reſtitui juſſit Lucio Titio. Quæſitum eſt, an poſt ſententiam præſidis, antequam reſtitueretur, in bonis Lucii Titii fundus emptus eſſet. Reſpondit, non prius, quàm emptori pretium eſſet illatum: vel, ſi pretium nondum eſſet ab emptore ſolutum, in vectigal ſatisfactum eſſe. L. 9. d. Reſcind. Vend.

1. Autumnus: Cum reſciſſa ſit, inquit, Venditio, & Præſes provinciæ juſſerit, fundum reſtitui Lucio Titio; male reſpondit Scævola, fundum in bonis Lucii Titii non prius eſſe, quam emptori pretium ſit illatum. Nam jus quæſitum eſt ex ſententiâ, licet ob vectigal obligatum ſit, eoque jure nos uti nemo ambigit Decreto Lutetiano ita definitum eſt, ut ait Choppin. *lib. 3. tit. 4. n. 16.* de Legibus Andium, idem eſt ſancitum *Conſtit. Molin.* 1566. *art.* 53. Hæc Autumnus.

2. In contrarium vergit Groenewegii Cenſura, non reſcindendam eſſe venditionem Fiſcalem, etſi dominus ex poſt facto debitum, propter quod fundus erat venditus, obtulerit; quia non poteſt emptori jus quæſitum auferri, idque moribus ita ſervari teſtatur. Autumni cenſuræ prius ſatis faciendum. In bonis eſſe quid ſit, primo definiamus. Modeſtinus; *Rem in bonis noſtris habere intelligimur, quoties poſſidentes exceptionem, aut amittentes ad reciperandam eam actionem habemus l.* 52 *d. A. R. D.* Emptor, qui rem emit à Procuratore Fiſci, habet actionem ad rem petendam, & ſic eſt in ejus bonis. Reſciſſio Venditionis à Præſide facta non tribuit actionem priori domino, niſi pretium emptori reſtituat, vel, ſi hic nondum ſolverit, vectigal pro quo venditum erat prædium, Fiſco ſit præſtitum. Quid hac in re carpit Autumnus? Decretum Præſidis ad reſcindendam venditionem effectum ut habeat, antequam dominus fundi præſtiterit hoc, propter quod præſes reſciſſionem decreverat? Non habet rationem,

nem, ne Emptor quidem actionem empti habet, antequam pretium ſolverit, aut realiter obtulerit *l.* 13. §. 8. *d. Act. empt.* Ideoque nec prius in ejus bonis res eſt *d. l.* 52. Cur magis in bona prioris domini res vendita redibit, antequam reddiderit pretium, vel decreto Præſidis ſatisfecerit? Hæc igitur Cenſura non valet. Juſtior eſt Groenewegii ratio Cenſoria: Quando nec ipſo jure civili, venditio facta ſolenniter & bonâ fide, ob reliqua tributorum aut vectigalium, convelli aut retractari poteſt *l.* 2. *C. Si propt. penſit. publ.* niſi per ſordes aut gratiam facta ſit *l.* 3. *C. Si adverſ. fiſc. l.* 3. *C. Si vend. pign. agatur. l.* 3. *C. de jur fiſc. l.* 2. *C. de fid. & jur. haſtæ fiſc.* Quomodo igitur Præſes provinciæ reſcindit venditionem nomine Fiſci, in ſolutionem vectigalis factam? Numquid dicere licebit, Præſidem hic non jure venditionem reſcidiſſe? An potius illam non fuiſſe factam ſolenniter & ſub haſtâ, vel minus bonâ fide, minorisque addictam fuiſſe ab Executore, per gratiam; Hoc ſanè ex eventu liquere videtur, eo, quod prior dominus totum vectigal, quod pluris eſt, quam pretium fundi venditi, ſolvere paratus fuit, indignitate projecti viliſſimo pretio fundi ſui motus. Quo ſenſu nihil aut cenſurâ dignum, aut moribus & rationi adverſum in hac L. continetur.

Ulpianus Lib. XXVIII, ad Sabin,

Licet autem venditori vel effundere vinum, ſi diem ad metiendum præſtituit, nec intra diem admenſum eſt. Effundere autem non ſtatim poterit, prius quàm teſtando denunciet emptori: ut aut tollat vinum, aut ſciat futurum, ut vinum effunderetur. Si tamen, cum poſſet effundere, non effundit, laudandus eſt potius. Ea propter mercedem quoque doliorum poteſt exigere. Sed ita demum, ſi interfuit ejus, inania eſſe vaſa, in quibus vinum fuit. Veluti, ſi locaturus ea fuiſſet, vel ſi neceſſe habuit alia conducere dolia. Commodius eſt autem, conduci vaſa, nec reddi vinum, niſi, quanti conduxerit ab emptore reddatur: aut vendere vinum bona fide; id eſt, quantum ſine ipſius incommodo fieri poteſt, operam dare, ut quam minime detrimento ſit ea res emptori. Si doliare vinum emerit, nec de tradendo eo quicquam convenerit: id videri actum, ut evacuarentur, quum ad vindemiam opera eorum futura ſit neceſſaria. Quod ſi non ſint evacuata: faciendum, quod veteres putaverunt, per corbem venditorem menſuram facere: & effundere. Veteres enim hoc propter menſuram ſuaſerunt; ſi, quanta menſura eſſet, non appareat: videlicet, ut appareat, quantum emptori perierit. L. 1. §. 3. *&* 4. *d. Peric. & Comm. rei vend.*

1. Militaris & barbarus agendi modus; Effundere vinum, ideo quod emptor id, tempore placito, admenſum non acceperit; cujus ipſum pudet JurisConſultum, quando mox addit, laudandum potius eſſe venditorem, ſi non effundat vinum: Reprehendendus haud dubiè, ſi effuderit: quod ut maximè ſummo jure ei liceat, per culpam emptoris, ut qui ſibi imputare debeat, quod damnum, ex fide non ſervatâ, patitur, etiam præmonitus: ita nuſquam verius eſt, *Summum jus, ſumma injuria.* Nec de eo plerique dubitant Interpretes, quin nullo

nullo modo faciendum ſit, quod in *pr. hujus* §. 2. ſcriptum eſt, qua de re Brunnem. *hic* plures citat auctores. Sunt etiam, qui putant, ait Faber ad *hanc l*, ita hoc accipiendum eſſe, quaſi facetè & ironicè Ulpianus ita locutus ſit, potius, quam ſeriò & ex præſcripto; ut nimirum majorem honeſtatis quam juris rationem habeamus. Quin DionyſiusGotofredus *ad h.* §. 3. Conſtat, *ait*, eos falli & errare totâ viâ, qui putant, in hac ſpecie, Venditorem emptoris vinum effundere poſſe. Major ſane religio fuit Juris Conſulto, quam ut vinum effundere venditori permittat. His enim gradibus ad æquitatem adſcendit; ut neutrum faciat, aliena dolia conducat, ſi id etiam non procedat, ut vinum bonâ fide vendat, minimo adverſarii detrimento: Neque huic ſententiæ repugnat, qui mox ſequitur §. *Quod conſilium Juris Conſulti quoties apud me diligentius retracto, audenter jam dicam; Inter JurisConſultum & Virum Bonum nihil intereſſe: Certiſſimam denique ad Cœlum viam eſſe, noſtram Juris Profeſſionem, ſi ad æquum & bonum revocetur.* Mox *ad* § 4. ubi de vino per corbem effundendo agit Ulpianus, addit Gotofredus. *Facetias hic & jocos meâ ſententiâ Ulpianus moleſtiſſimo reponit Lectori: mera hic εἰρωνεία eſt.* Habemus igitur reſponſionem ad Cenſuram, in Eandem JurisPrudentiæ ſupra cœlos ſublatæ, converſam. Niſi rurſus inde novum Cenſuræ detur argumentum; quod gravem JurisConſultum non deceat, in re ſeriâ nugari & ſannas ac ironias affectare, ubi id agit, ut civium actiones ad æquum & bonum dirigat ac gubernet.

2. Re & oratione Juris Conſulti bene perpenſa, Gotofredum, optimâ licet mente, σοφὸν φάρμακον adhibuiſſe non putem. Tota Ulpiani Oratio ad ſerium & præſcriptum agendi comparata, non recipit ironiæ atque nugandi ſpeciem. Venditum ad menſuram vinum periculo Venditoris eſt, *l.* 1. §. 1. *h.* contra, cum aliàs periculum emptoris eſſe conſtet *l.* 8. *eod.* Quando igitur dies admenſioni dictus eſt, ſummopere venditoris intereſt, illam diem ſervari & admenſionem perfici, ne periculum diutius ferat, quam ut vaſis ad novum vinum condendum utatur. Non adeſt tamen ad diem dictam Emptor. Quid facit Venditor? Primo *ait Ulpianus*, emptori teſtato denuntiabit, ut adſit, vinumque recipiat, addito, ſi non accedat, fore, ut vinum effundatur. Emptor adhuc in procaciâ durat. Suadet Ulpianus, ut venditor vinum ſervet, & mercedem vaſorum exigat, ſi interfuit ejus, dolia fuiſſe inania. Si non poteſt carere doliis; ut tempore vindemiarum, aut mercaturæ frequentis uſu venit, ſuadet adhuc, ut vinum bonâ fide vendat, & quanti minoris eſt venditum, id ab emptore repetat: planeque id agat, ut quam minimo emptoris damno res transigatur, nec ad extremum illud effundendi remedium procedat. Quid autem, ſi nec alia conducere vaſa, nec vinum æquo pretio vendere, neque doliis ſuis carere queat? Ut jam cogitur, ita poteſt effundere vinum, juxta quàm denuntiavit; atque uti conſtet, quantum ſit effuſum, per corbem effundere poteſt. Quid hoc rei? an corbis eſt menſuræ genus? Negat hoc merito Cujacius, in *lib.* 2. *Obſ.* 30. Adhibetur ad effundendum, ut apparet, hac fine, ut in textu; quo conſtet, ſcilicet, quantum vini effundatur. Quomodo autem hoc corbis indicet, è quo continuo quod ingeritur, effluit? Non video, qui id uſum habere poſſit, niſi

corbis

corbis intus laminâ vel corio textus certam menſuram contineat; ac identidem repletus, ſubductâ laminâ coriove, vinum per rimas emittat. Apparet, Ulpianum id agere ſerio & *πραγματικῶς*, non *ἱερατικῶς*, ut quid Venditor a verſus emptorem juris ſit hac parte, tradat & præſcribat. An autem adeo nequam eſt hoc præſcriptum, ut nonniſi per *εἰρώνεια*, & prætextum ludentis ingenii excuſari poſſit? Equidem nihil ejusmodi in hac definitione reperio. Si venditor Ulpiani conſilio obſequatur, nihil erit in jure, vel æquitate, quod merito deſideretur à parte venditoris. Manifeſtus eſt emptor procaciæ. Tenebatur idem, & venditoris intererat evidenter, ut ille diem admenſioni præſcriptum obiret; denuntiavit ei venditor, circumſpexit occaſionem alia conducendi dolia, vendendi vinum. Quid pro extremo rem edio faceret? Satis conſtat, cum plenis ſpumat vindemia labris, ſæpe fieri, ut vaſorum ſatis ad excipiendum, quod ubertate inſolitâ vinearum excuperat, non exter; ut parum abſit, quin pro vaſe, quandoque vini quod ſatis ei ſit explendo, dare parati ſint Vindemiatores. Pone tali occaſionis anguſtiâ emptorem inſultare venditoris expectationi, nec ad diem adeſſe, vinum quo tibi admenſum accipiat: Nihil omiſit venditor, omnia circumſpexit, nihil invenit, quo emptoris improbitati & contumaciæ morem gereret; quis eum peccare dicet, quod unicum, qui datur, exitum eligit & ſequitur? Nec tamen id Juris auctores fieri patiuntur, ſtatim ac emptor fidem ſuam in obeundâ die negligit. Volunt præcedere denuntiationem; neque tum effundendi licentiam tribunnt, niſi per ſummum jus, quod non laudant. Etſi enim emptor ut damno mulctetur, ſit meritus; Venditori tamen effundere vinum, antequam omnia expertus ſit, religio eſſe debet. Non poſſunt Venditori negare juris copiam poſt denunciationes, Leges: quid tamen æquitas & honeſtas exigant, monere non ceſſant: In extremâ neceſſitate peremptoriaque emptoris contumacia, non negant copiam juris inevitabilis, nec cauſam habent negandi. Denique, ita vere demonſtrant, quod alio ſenſu minus ad rem prædicat Gotofredus, inter JurisConſultum & Virum bonum, adde prudentem & cordatum, nihil intereſſe. Nec adeo ullum in hac re, juſto Cenſori reprehenſionis argumentum ſupereſſe palam eſt.

Paulus Lib. XXXIII. ad Edict.

Neceſſario ſciendum eſt, quando perfecta ſit emptio: tunc enim ſciemus, cujus periculum ſit: Nam perfecta emptione, periculum ad emptorum reſpiciet, l. 8. 4. Peric. & comm. rei vend.

1. Sententia Juris eſt certa, locisque innumeris extra dubium collocata; Si res vendita pereat; ante traditionem, caſu fortuito, id emptoris eſſe damnum. Sic enim Juſtinianus: *Cum autem*, inquit, *Emptio & Venditio contracta ſit (quod effici diximus, ſimul atque de pretio convenerit,) periculum rei venditæ ſtatim ad emptorem pertinet, tametſi adhuc eares emptori tradita non ſit. §. 3. I de Empt. Vend.* Idem eſt in *l. 7. l. 8. h. t. l. 1. l. 4. L. pen. & ult. C. eod. l. 35. §. 4. d. Contrah. empt. l. 5. §. ult. d. Reſcind. Vend.* & pluribus aliis *paſſim.* Hanc ſententiam Viri

quidam graviſſimi & eruditiſſimi iniquam & ſummi juris ſummæque injuriæ eſſe putant, ſequuti Cujacium, qui auctorem ſe diverſæ opinionis præbuit *ad l. 33 d. Locati, tract. ad Afric.* 8. Hinc Juſtinianum & reliquos JurisConſultos ſummum jus, non æquitatem ſequi ſcribit Borcholtenius *ad d.* §. 3 *Inſt.* Vultejus etiam *ad d. tit. Inſt n.* 71. Summa Juris, *inquit*, regula periculum ante Traditionem Emptori adſcribit; in Inſtitutionibus; Æquitatem in Pandectas & in Codicem retuliſſe vult Imperatorem, adductis in eam rem aliquot textibus, à Cujacio prolatis & ab aliis abundè refutatis. Etiam Autumnus ita, in Centuriâ Gallicâ *ad h. l.* Sed hujus inſtituti non eſt, omnes illos excutere locos, in quæſtione tralatitiâ, ab omnibus ad Inſtitutiones & Pandectas ventilatâ Interpretibus, adſertâque ſatis veritate Theſios hic collocatæ.

2. Sed quod iniquum ajunt eſſe, ut Emptor pro re nondum ſibi traditâ, quæ incendio, morte, vel inundatione periit, integrum tamen pretium ſolvere cogatur, qui rem in poteſtate non habuit, nec etiam dominus fuit; hoc ad Eunomiæ rationem pertinet. Ad quam cum varia proferri poſſunt, quæ ordine recenſet Vinnius *ad d.* § 3. tum nihil forte ſpecioſius reponi poteſt; quam ex ipſo Jure Naturali, dominium à Traditione non pendere, ſed hoc ſolo conſenſu & declaratione voluntatum transferri, *in Prælect ad* §. 40 *I. d. A. R. D.* & in *Tract. de Jur in re & ad Rem. c.* 16. quod *eſt in lib.* 4. *Digreſ. poſt. cap.* 1. demonſtravimus. Cum igitur fundamentum æquitatis in eo à natura diſſentientibus, quod emptor ferat periculum, antequam dominus fiat, hæc ratio ex ipſo jure Naturæ directè refellitur; quod jus naturæ cum fons ſit æquitatis, non poteſt quod ei conſentaneum videtur, iniquum cenſeri. Etſi Jus Civile dominii transferendi momentum aliter definierit, quo minus tamen in reliquis naturæ jus & rationem ſequeretur, quid prohibebit? Id profecto bene cedit, quod etiam Pragmatici æquitatis maximè tenaces, hanc ſententiam probant, ut Groenewegius ad *h. l.* teſtatur. Nec admittendum eſſe, quod Vir Cl. Paulus Voetius *ad d.* §. 3 *Inſt n.* 3 ſcribit, ex Willenbachio, de contrario Friſiorum uſu, monuimus in *Prælect. ad h. tit. n.* 4. ubi plura ad hanc rem, & ad *Tit Inſt. de Empt. Vend. d.* §. 3.

Papinianus Lib. XXVII. Quæſtionum,

Si quid emptor contrà, quàm lege venditionis cautum eſt, feciſſet, aut non feciſſet: nobis aliquando placebat, non aliàs ex vendito, propter pœnam homini irrogatam agi poſſe, quàm ſi pecuniæ ratione venditoris intereſſet, velut quia pœnam promiſiſſet: ceterum, viro bono non convenire credere, venditoris intereſſe, quod animo ſævientis ſatisfactum non fuiſſet. Sed in contrarium me vocat Sabini ſententiâ; qui utiliter agi ideo arbitratus eſt, quoniam hoc minoris homo veniſſe videatur l. 6. §. 1. *d. Serv. export.*

Idem

Idem Lib. xx. Quæſtion.

21. *Servus ea lege veniit, ne in Italia eſſet. Quod ſi aliter factum eſſet: convenit citra ſtipulationem, ut pœnam præſtaret emptor. Vix eſt, ut eo nomine vindictæ ratione venditor agere poſſit: acturus utiliter, ſi, non ſervata lege, in pœnam quam alii promiſit, inciderit. Huic conſequens erit, ut hactenus agere poſſit, quatenus alii præſtare cogitur. Quidquid enim excedit, pœna, non rei perſecutio eſt. Quòd ſi, ne pœnæ cauſa exportaretur, convenerit: etiam affectionis ratione rectè agetur. Nec videntur hæc inter ſe contraria eſſe: cùm beneficio adfici hominem, interſit hominis. Enimvero pœnæ non irrogatæ indignatio ſolam duritiam continet. L. 7. in pr. d. ſerv. export.*

1. Duplex in hæc loca Cenſura fertur; In Papinianum una: in Juſtinianum vel Tribonianum altera. Papinianus inconſtantiæ arguitur, quod in eodem opere Quæſtionum, mutaverit ſententiam prius publicatam, ſicut eſt in *l. 7. in pr. h. t.* deſumpta ex libro xx. Quæſtionum, & retractatio ejus eſt in *l.* 6. §. 1. quæ deſumpta eſt ex *lib.* 27. ejuſdem operis Quæſtionum. Nos adhuc equidem ita libenter uſi ſumus, ut eoſdem in Pandectis Juris Conſultos ſibi eſſe adverſatos, fateri neceſſe non habuerimus, quod hic in eodem opere factum eſſe, negari non poſſit. In Triboniano autem & Compilatoribus, quæ poteſt eſſe major ſocordia, quam primo retractationem Papiniani collocare; mox eandem ſententiam è continenti ſuperius improbatam, in *l. ſequ.* referre χρηματικῶς & inculcare quaſi validam & vim habituram.

2. Utramque cenſuram evadere licebit, ſi cum Accurſio, diverſas non oppoſitas in utraque lege ſententias contineri dicamus; quod & Bekmannus comment. *ad h. t. & has ll.* arbitratur, allegans etiam verba *l. 7. non videntur hæc inter ſe contraria eſſe.* Quaſi illa Papinianus ad aliam oppoſitionem non referret. Apparet, hoc quæri, An, ſi ſervus ſit venditus, ſub conditione pœnali, *ne in Italia eſſet:* ac eveniat, ut pactum ab emptore non ſervetur, venditor actionem habeat. Negat Papinianus in *l. 7. h. t.* ſub hac tamen limitatione, niſi pecuniariè venditoris interſit, ut ſi ipſe pœnam alii promiſerit; *in caſum*, ſi ſervus iſte in Italiâ foret. Extra quàm, vindicta & indignatio non dat ipſi actionem in ſervum. Tametſi è contrario pacto, ne ſervus extra Italiam deportetur, actio detur, cum alia ſit beneficii, alia vindictæ ratio; Hæc ſcilicet pugnare negat Papinianus. Deinde Sabini libros legens animadvertit idem, male ſe negaſſe, è pacto conditionali, ne ſervus in Italia ſit, actionem dandam, neque rectè limitationem addidiſſe; niſi pecuniariè Venditoris interſit; Quoniam tale pactum ſemper habet ejus quod intereſt rationem pecuniariam; & quod nemo talem ſervum, niſi minore pretio, propter illam conditionem & imminutam facultatem utendi pro lubitu, ſervo, empturus ſit. Unde corruit Accurſii conciliatio inter *l 6* §. 1. & *l. 7.* quaſi prior de caſu, quo emptoris intereſt pecuniariè, poſterior textus, de caſu, quo non intereſt pecuniariè, ſit accipiendus. Plana res eſt, Ulpianum in *lib. 20. Quæſt lege 7.* putaſſe, non dandam regulariter è tali pacto actionem. In *lib.* 27. ſive *l.* 6. §. 1. reputaſſe, nihil obſtare

quominus actio ſemper è tali pacto dari poſſit. Ac ita mutaſſe opinionem, quod ipſe apertè profitetur.

3. Jam quod ad Cenſuram in Papinianum attinet, tantum abeſt à reprehenſione, potius ut laudi tribuenda ſit ejus ingenuitas. Ita Cujacius *l.* 2. *Obſ. c.* 37. *in fin. Utinam qui hoc tempore jus noſtrum interpretantur*, inquit, *Papinianum imitati, quæ vel falſò, vel ineptè aliquando & ſenſerint, ingenuè RETRACTARENT, nec in iis, contra quàm poſtea reſciverint, tam obſtinato tamque obſirmato animo, uti faciunt, perſeverarent!* Antonius Faber, *Non puduit*, inquit, *tantum Virum, nec minus orbis totius, quam Juris prudentiæ noſtræ miraculum, variare, ut mutaret ſententiam in melius, quod & Voluſio Mæciano video accidiſſe in l. divi fratres* 17. *d. Jur. Patron.* & Scævolæ *in l.* 23. §. *Si quis duobus d. A R. D.* Qua de re Cujac. *in lib.* 4. *obſ. c.* 1. Addam & ego, Utinam, ſimilis candor ineſſet ſeculi noſtri eruditis, ut, ſi Papinianum imitari non ſuſtinerent, quod nimis procul habent, eruditos alios religioni non ducentes ἀμείψαι τὰ οἰκεῖα; veritatis cauſâ ſua dicta retractare, non inſectarentur! Sed de Triboniano quid dicemus? Quod Faber *ad l.* 7. *Non erat neceſſe*, inquit, *ut hæc lex ſuperiori ſubjiceretur, niſi ut ea ipſa extaret Papiniani ſententia, quæ in* §. 1 legis præcedentis, *ab ipſo Papiniano relata & improbata fuit.* Ut melius conſtaret, quid hoc eſſet, quod tanti Vir judicii & accurationis aliquando erraſſet, aut minus perſpexiſſet, & quod ab alio ſe didiciſſe melius, ingenuè confeſſus erat. Sive autem hoc priori ſententiæ ſubjectum, ſive ante relatum fuiſſet, tanti non intereſt, ut cenſuræ materiam, vel cauſam præbere queat, objiciendi quod objectum Triboniano in *tit. Inſt. de Servit.* ubi, cum de Servitutibus ruſticis egiſſet *in pr.* de Urbanis agit *in* §. 1. ac iterum de ruſticis *in* §. 3. quaſi cum id ſcriberet, temetum bibiſſet. Denique, nec tanti is ordo verborum habendus videtur, ut propterea negemus, opinionem ſuam mutaſſe Papinianum, quam rationem præfert Bechinannus *loco citato*. Sic fruſtra *legi* 6. ſubjecta fuiſſet, *inquit*, *l* 7. ſi jam tum aliam Sabini ſententiam amplexus fuiſſet Papinianus. Lex vii. debuiſſet præcedere, & ſic demum vera Papiniani ſententia, quæ eſt *in l.* 6. ſubjici debuiſſet. Hæc ille. Quid vetabat, *inquam ego*, relatâ Papiniani decretoria opinione, priorem ejus ſententiam proponere, ut Lector utramque compararet? Nihil hic reprehenſione dignum.

EUNO-

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM XIX.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Pomponius Lib. XI: ad Sabinum.

SI emptor vacuam poſſeſſionem tradi ſtipulatus ſit, & ex ſtipulatu agat, fructus non venient in eam actionem. Quia & qui fundum dari ſtipularetur, vacuam quoque poſſeſſionem tradi oportere ſtipulari intelligitur: nec tamen fructuum præſtatio eâ ſtipulatione continetur. Neque rurſus plus debet eſſe in ſtipulatione: ſed ex empto ſupereſſe ad fructuum præſtationem. L. 3. §. 8. d. Action. empt.

1. Quia ſtipulationes contractibus ita adiiciebantur, ut unum eſſet negotium verbis ſtipulationis concluſum, uti loquitur Papinianus in *l.* 8. *d. Præſcr. verb. l.* 46. §. 1. *d.V.O.* quâ de re latius actum ad *l.* 71. *in pr. Pro ſoc.* juſta videtur eſſe Groenewegii & Autumni cenſura; in *hanc L.* ubi Pomponius ex ſtipulatione vacuæ Traditionis, adjecta Emptioni Venditioni, fructus peti poſſe negat, qui ex empto actione petendi ſint; non modo quod hæc argutia ad ſuperſtitionem Veterum in formulis actionum reſpiciat: verùm etiam, quod ſtipulatio illa revera non diſcrepet ab Emptione Venditione; denique, propterea, quod ipſa verba *poſſeſſionem vacuam tradi*, fructus etiam complecti videantur, ex ſententiâ Papiniani *in l.* 4. *d. Uſur.* Verba hæc ſunt; *Si ſtipulatus ſis, rem dari, vacuamque poſſeſſionem tradi, fructus poſtea captos, actione incerti ex ſtipulatu, propter inferiora verba, conſecuturum te ratio ſuadet.* Quid enim vacua poſſeſſio poſſit, niſi fructus percipere liceat? & quomodo, ſi fructus ab alio percipiendi ſint, vacua poſſeſſio translata dici queat? *Si quis vacuam poſſeſſionem tradi promiſerit, non nudum factum hæc ſtipulatio continebit, ſed cauſam bonorum*, ait Ul-

pianu *in l. 52. §. 1. d. V. O.* Atqui in cauſa bonorum fructus maximè continentur *l. 49. d. V. S. l. 20. d. R. Vind. Imo in poſſeſſione traditâ, hoc ſolum ſpectare debemus, an habeat facultatem fructus percipiendi l. 11. §. 21. h. t.*

2. Sic eſt Cenſura: Reſponſio eſt, videri Pomponium & Papinianum diſſenſiſſe, quod & Cujacius & Ant. Faber *hic* ſentiunt, nec egö quod contradicam, habeo, nec eſt ea res inſtituti præſentis. *Pomponii* ſententia per ſe conſiderata, ſuam rationem præfert: quod Stipulatio ſtricti juris ſit, nec plus contineat, quàm verba præ ſe ferant. Vacua poſſeſſio emptori promiſſa: tribuit jus, ne alius rem venditam naturaliter aut civiliter poſſideat *l. 2. §. 1. h. t.* fructuum petitio inde ſeparata eſt, ad quam actio Empti, quæ bonæ fidei eſt, facilius extendi poteſt. Objectio à formularum ſuperſtitione non magis vitio verti poteſt, quam alia innumera, quæ veteribus uſitata nunc ignorantur. Argumentum ex *l. 8. Præſcr. Verb.* & *d. l. 46. d. V. O.* refelli poteſt ex iis, quæ ad *l. 71. Pro Socio* diſputavimus; Stipulationes adjectas aliquando facere novationem contractuum, quibus ſubjiciuntur, aliquando relinquere Contractus principales integros, ad actionem efficaces, ut hic uſu veniſſe videmus. Idque tanto facilius, quod hæc Stipulatio non fuerit adæquata Contractui, ut eſt ea, quæ in *d. l. 71.* traditur, in quam tota conventio transfuſa fuit. Sed hæc ad contractus, cui adjicitur, executionem pertinet; quæ nec continere potuit totum contractus argumentum: Nec idcirco unitatem cum illo, vel novationem efficere potuiſſet.

Pomponius Lib. x. ad Sabin.

Fundum mihi cùm venderes, deducto uſufructu, dixiſti, eum uſumfructum Titii eſſe, cum is apud te remanſurus eſſet. Si cœperis eum uſum fructum vindicare, reverti adverſus te non potero; donec Titius vivat; nec in ea cauſa eſſe cœperit, ut, etiam ſi ejus uſusfructus eſſet, amiſſurus eum fuerit. Nam tunc (id eſt, ſi capite diminutus, vel mortuus fuerit Titius) reverti potero ad te venditorem. Idemque juris eſt, ſi dicas eum uſumfructum Titii eſſe, cum ſit Seji. L. 7. d. Action. Empt.

1. Notatus ab Autumno locus & impugnatus obſcure & detortè. Nihil ſpecioſius contrà eſt, quam Mendacium ſemper habere dolum annexum, nec eſſe impunitum in Jure *l. ult. d. R. Vind. l. 41. in fin. de Pign. act. Auth. Item poſſeſſor C. Qui pot. in pign.* & alibi. Accedit Juliani in contrarium, ut videtur, auctoritas *in l. 39. §. ult. d. Evict. Qui ſervum venditum tradit, & dicit, uſumfructum in eo Seji eſſe, cum ad Sempronium pertineat. Sempronio uſumfructum petente, perinde tenetur, ac ſi in tradendo dixiſſet, uſusfructus nomine adverſus Sejum non teneri. At ſi re vera Seji uſusfructus fuerit; legatus autem ita, ut, cum ad Sejum pertinere deſiſſet, Sempronii eſſet; Sempronio uſumfructum petente, tenebitur: Sejo agente, rectè defugiet.* Reſponſio ad priorem objectionem eſt: Mendacium puniri, quoties alius per illud in fraudem & damnum adductus eſt, ut è locis ſupraſcriptis apparet; Nec empti actio aliter, quam ſi interſit emptoris,

datur

datur, *l.* 1. §. 1. & *paſſ. h.t.* Atqui per hoc Mendacium nihil damni infertur, aut lucri intercipitur emptori. Cum perinde ſit ipſi, cui fundus eſt venditus deducto uſufructu; ſit ne venditoris vel Seji uſusfructus, an Titii, ſic tamen ut ſi caſus exiſtat, quo in perſona Titii uſusfructus extingueretur, ab eo tempore Venditor teneatur.

2. Ad *l.* 39. § *ult. d. Evict.* minus expedita reſponſio eſt. Quid ſi ita? Servus *ibi* non eſt venditus, *deducto uſufructu*, ut in hac *l.* 7. Illic ſimpliciter eſt venditus; Ideoque naturaliter integrum ſervum una cum uſufructu venditum eſſe dicemus *l.* 19. *d. Uſufr. leg* Dixit tantum Venditor, Sejo uſumfructum eſſe in ſervo. Quod ſi verum eſt, non habet, de quo emptor conqueratur. Si hoc verum non eſt, cum ſervus ſimpliciter ſit venditus, non cogitur is acquieſcere, ſi uſusfructus ad alium pertineat. Ac ideo ſi vindicetur uſusfructus à Sempronio, Emptor ſic aget adverſus Venditorem. Tu mihi ſervum vendidiſti ſimpliciter, Excepiſti ſaltem; Uſumfructum eſſe Seji: Niſi hoc ita ſit, ego ſervum emi totum. Atqui non eſt uſusfructus Seji. De Sempronio autem nihil eſt dictum, ideoque de illo non teneor pacto. Quemadmodum ſi primo Seji, dein Sempronii futurus ſit, quatenus à Sejo vindicabitur, ego te non conveniam; ſed quam primum Sempronius Uſumfructum ſibi vindicabit tu mihi teneberis, in id quod intereſt mea, ſervum mihi non integrum eſſe traditum, extra quam ſi uſusfructus ad Sejum ſpectabit. In iſtâ igitur *l.* 39. §. *ult.* fundamentum ejus quod intereſt, ab emptore demonſtrari poteſt; ſecus ac uſu venit in *hac l.* 7.

Ulpianus Lib. XXII. ad Edict.

Idem Julianus, dolum ſolere à venditore præſtari, etiam in hujus modi ſpecie oſtendit Si cum venditor ſciret, fundum pluribus municipiis legata debere; in tabulâ quidem conſcripſerit, uni municipio deberi, verum poſtea legem conſignaverit, ſi qua tributorum aut vectigalis, indictionisve quid nomine, aut ad viæ collationem præſtare oportet, id emptorem dare facere, præſtareque oportere: ex empto eum teneri, quaſi decepiſſet emptorem. Quæ ſententia vera eſt: L. 13. §. 6. *d. Action. Empt.*

1. Probabilis eſt Emendatio Cujacii, pro *legata*, legentis *vectigalia*, è Græcis Baſilicis 5. *obſ. ult* magis enim conſentaneum eſt, fundum vectigalia, quam legata, quod nonniſi improprie dici poſſet, debere municipiis. Quod *ſi vectigalia legas*, ait Autumnus, laudante Grionewegio, *hunc* § *abrogandum cenſeo*, ut rationi contrarium: *quia emptor ſciebat* aut ſcire poterat *ea, quæ debebantur*, nec ideo deceptus eſt, contra quam Ulpianus & Julianus adfirmant Vectigalium generalem eſſe adjectionem, ex cujus reticentia venditor non teneatur, ſecus ac in ſpecialibus: cujusmodi ſunt legata *l.* 39 *h. t.* Sed non bene Cenſor utitur argumento *d. l.* 39. ad refellendam Juliani ſententiam. Primo enim, non eſt hic ſimplex reticentia, ſed variatio fraudulenta ac inſidioſa, cujus uſus hodieque notabilis, & perfecte cum uſu Romano conveniens eſt. Mo-

ris

ris eſt, & fuit, ut res ſoli venales primo in programmate cum ſuis qualitatibus proſcribantur. In hoc poſuit Venditor, fundum uni tantum municipio debere vectigal, cum pluribus ad vectigalia municipiis ſit obligatus, dein apud actum Venditionis ipſius, quo plerumque magnus eſt hominum concurſus, ut difficulter exaudiantur ea quæ prælecta ſunt, articulos plures recitavit, in quibus ita ſcriptum eſt.; Qicquid tributi, vectigalis, indictionis, aut viarum cauſâ fundum præſtare oporteret, ad hoc præſtandum, emptorem obligatum fore. Quis non videt, hanc eſſe fraudem ad emptorem intricandum comparatam? Si nihil ab initio dictum eſſet, alia res foret; aut ſi fundus modo ſit venditus, *cum ſuis juribus ac oneribus*, nec emptoris circumveniendi cauſâ factum eſſe quicquam argui poſſet: Tunc enim emptor ſibi quod imputaret, habere videretur. Planè de Tributi adjectione textus eſt ſpecialis in *l.* 31. §. 1. *h. t.* Eum qui ſciens reticuit, teneri; Ignorantem venditorem non teneri.

Ulpianus Lib. xxxii. ad Edict.

Si Titius fundum, in quo nonaginta jugera erant, vendiderit, & in lege emptionis dictum eſt, in fundo centum eſſe jugera, &, antequam modus manifeſtetur, decem jugera alluvione adcreverint: placet mihi Neratii ſententia exiſtimantis, ut ſi quidem ſciens vendidit, ex empto actio competat adverſus eum, quamvis decem jugera adcreverint, quia dolo fecit, nec dolus purgatur: ſi verè ignorans vendidit, ex empto actionem non competere. L. 13. §. 14. *d. Action. Empt.*

1. Autumnus Groenewegio laudatus. *Hanc priſtinam obſervationem immutandam eſſe cenſeo*, inquit, *ex ſententiâ Scævolæ*, qui in *l. ſi emptione.* 10. §. 1. *d. Peric. & Comm. rei vend. notat; fundi nomine, emptorem agere non poſſe, cum prius quam menſura fieret, inundatione aquarum, aut Chaſmate aliove quo caſu pars fundi interierit.* Ad hunc quidem Textum non difficilis eſt reſponſio. Multum intereſſe, pars fundi poſt venditionem perierit, an venditus ſit tantò minor, quam eſt revera. Priore caſu periculum ad emptorem pertinet, ex communi de periculo rei venditæ doctrina *l.* 8. *d. Peric. & comm. rei vend.* Poſteriore caſu, menſura minor venditori decedat oportet, ſi quidem emptor nonniſi de eo quod tempore venditionis extitit, teneri poteſt *d. l.* 8. ut tamen ſi minorem modum ignoraverit, ſuperveniente lucro alluvionis, ex æquitate ſublevetur; cujus æquitatis ratio, ſcienti & doli conſcientiam habenti merito non prodeſt. *h.* §. 14. Objicit aliam rationem Autumnus: Cum periculum ante menſuram ad Venditorem pertineat, Etiam commodum ad eundem ſpectare debet. Eandem movet rationem Anton Faber eamque probat *ex l.* 35. §. 5. *d. Contrah. empt.* ubi Sabinus & Caſſius, referente Ulpiano, docent, Emptionem Venditionem non perfici, neque periculum tranſire, niſi cum res admenſæ, adpenſæ, adnumeratæve ſunt: quia Venditio quaſi *ſub hac conditione* videretur fieri. Atqui in *hujus* § caſu, decem jugera per alluvionem accreverunt, *antequam minor fundi modus manifeſtaretur.* Ideoque commodum non minus, quam periculum.

ad

ad venditorem ſeu ſcientem ſive ignorantem, cum *in d. l.* 35 §. 5. non diſtinguitur, attinere oportet. Sed veriſimum eſt, ſententiam *d. l.* 25 §. 5. habere locum duntaxat in rebus, quæ pondere, numero, menſurâ conſtant, ut oleo, vino, frumento, quod ipſe textus indicat; in rebus ſoli nequaquam: Ideoque nihil hoc argumentum facit ad *hujus* §. Cenſuram, quæ nullo modo rationem illius & æquitatem infringit.

Ulpianus Lib. XXXII. ad Edict.

Idem Celſus libro eodem ſcribit. Fundi, quem cum Titio communem habebas, partem tuam vendidiſti: & , antequam traderes, coactus es communi dividundo judicium accipere. Si ſocio fundus ſit adjudicatus: quantum ob eam rem à Titio conſecutus es, id tantum emptori præſtabis. Quod ſi tibi fundus totus adjudicatus eſt: totum (inquit) eum emptori trades. Sed ita, ut ille ſolvat, quod ob eam rem Titio condemnatus es. Sed ob eam quidem partem, quam vendidiſti, pro evictione cavere debes: ob alteram autem, tantum de dolo malo repromittere. Æquum eſt enim, eandem eſſe condicionem Emptoris, quæ futura eſſet, ſi cum ipſo actum eſſet communi dividundo. Sed ſi certis regionibus fundum inter te, & Titium judex diviſit: ſine dubio partem, quæ adjudicata eſt, emptori tradere debes L. 13. § 17 *d. Action. empt.*

1. Automnus & Groenewegius *hunc quoque* § abrogandum cenſent, *quia ſententia ejus iniquitatem habet*, ait ille: *Nam ſi cum Venditore agatur judicio communi dividundo interpellandus eſt emptor, ſine cujus conſenſu fundus ſocio adjudicari non poteſt*, idque Senatui Lutetiano placuiſſe ſcribit Automnus *die* 13. *Martii, anno* 1553. Non poteſt negari, hoc habere ſummam rationem, ut cum omne periculum & commodum rei venditæ, ante traditionem, ad emptorem pertineat, diviſionis judicium ſine eo non peragatur. Nec tamen Cenſuræ cedendum videtur. Egimus hac de re, vel ſimili, *ad l.* 7 §. *ult. ſuprà Comm. divid.* Et probavimus; diviſionis judicium in rem conceptum, dari adverſus præſentem poſſeſſorem, etiam contra Creditorem jure pignoris poſſidentem, neque hunc ad denuntiandum domino teneri. Quanto magis cum Venditore, qui adhuc eſt dominus, hoc judicium ſuſcipi & peragi poterit, ut Emptorem eventu contentum eſſe oporteat, in quo Dominus ipſe rei ignoratæ acquieſcere debet? Adde quæ dicta ſunt *ad d. l.* 7. §. *ult.* & huic Cenſuræ ſatisfactum videbis.

Ulpianus Lib XXXII. ad Edict. & Pomponius Lib. XXXI. ad Quintum Mucium.

Lines, & labra, ſalientes, fiſtulæ quoque, quæ ſalientibus junguntur, quamvis longe excurrant, extra ædificium, ædium ſunt; Item canales. Piſces autem, qui ſunt in piſcina, non ſunt ædium, nec fundi. Non magis, quàm pulli, aut cetera animalia, quæ in fundo ſunt L. 15. & *l.* 16. *d. Action. Empt.*

 1. Qui

Digitized by Google

nullam: Eſſe tamen emptionem Paulus adfirmat; ut Florentiæ legitur. Sed Haloander mutavit, ac edidit, *Emptionem non eſſe*, quod laudat Cujacius 2. *obſ.* 5. Anton. Auguſtinus *in lib.* 4. *c.* 17. Hotom. *ad tit. de Act. empt.* Connan 7. *Comm.* 6. Molin. *de eo quod inter. n.* 36. & Faber Rational. *ad h. l.* Tanto eruditorum globo ſe opponit Autumnus *ad h. l* Primum ejus argumentum eſt, quod Paulus ait, ſuprà ſe dixiſſe idem quod hic ait. Ubi? Nuſquam, ait Cujacius; nec enim è Paulo tale quicquam habuimus *ſuprà*. Triboniano igitur non jam Faber, ſed Cujacius adſcribit hæc verba; *Quamvis ſuprà diximus*, ut referantur *ad l.* 9. *& l.* 24. *d. Contrab. empt.* At ego, inquit, Autumnus, Paulum *ſuprà dixiſſe* puto quod hic habetur in Florentino; Cum diſſentimus in qualitate, *Emptionem eſſe*. Nam *in l.* 10. *d. Contrab. empt.* ait, *Aliter atque ſi aurum quidem fuerit; deterius autem quam emptor exiſtimaret, tunc enim emptio eſt*. Sed hæc verba *l.* 13. non ſunt ex eodem opere, unde locus hic propoſitus eſt deſcriptus. Hic enim eſt, ut videmus *ex libris ad Edictum*. Lex 10. è libris ad Sabinum. Quo modo igitur Paulus referre ſe potuit hoc loco, per verbum *ſuprà*, ad opus plane diverſum? Vel an dicet Autumnus, eum vidiſſe Pandectas tribus poſtea ſeculis, à Triboniano digeſtas? Verbum igitur *ſuprà* non favet huic reſponſioni. Melior eſt Autumni ratio ad rem ipſam. *De errore qualitatis in hoc* §. quamvis, *eſt quæſtio, ut apparet ex verbis ejus: de materiæ, ut putat Cujacius, ne verbum quidem. Longe diſtat error qualitatis ab errore materiæ* Imo qualitas, ait Cujacius, *pro materiâ accipitur in* §. quamvis, *ut ex propoſito exemplo, de eo, qui emens alterius materiæ menſas, emere ſe citreas putavit, ſatis ut arbitror, liquet*. Autumnus: Dicit Paulus, *ſi menſas quaſi citreas emit, quæ non ſunt*, videlicet, *quaſi citreæ*, ut putavit. *Nam quaſi eſt adverbium ſimilitudinis, ita, ut, tanquam, Gallicè, comme. Plautus in Pſeud. Quæque quaſi per nebulam ſcimus: Idem, quaſi cancer, & quaſi ferrum ſonat. Si menſas magnâ ex parte citreas emit, quæ aliquid citri tantum habent, plane, ut apud Ulpianum l.* 14. *d. Contrab. Empt. Si coheredes, inquit, viriolam, quæ aurea dicebatur, pretio exquiſito uni heredum vendidiſſent, eaque inventa eſſet magnâ ex parte ænea, venditionem eſſe conſtat. Idem*, pergit Autumnus, *ſi citreas menſas pro cupreſſinis aut aliis vendidiſſet, non valeret venditio, ſed quia menſæ aliquid citri habent, tenetur venditor, quanti intereſt* Hæc Autumnus, qui neſcio quid è τῷ *quaſi* argutatur. Nam τὸ Quaſi plerumque vel fictionem vel improprietatem indicare, Briſſonius in *Quaſi*, late demonſtrat. Aliquando tamen & veritatem, ut *Quaſi tutor in l.* 1. §. 5. *d. Eo qui pro Tut.* Eſt etiam ubi pro *fere*, *circiter* accipitur, ut *Hora quaſi ſeptimâ, quaſi nonâ, Cicero, & Sueton. in Calig. Quaſi talenta quindecim*, Terent. *in Heautont.* Quæ ſignificatio ad Autumni mentem magis congrueret. Sed in hoc loco, pro *tanquam* manifeſtò ponitur. Magis ad rem pertinet, quod error in *materiâ*, & in *qualitate* opponuntur in *l.* 14. *d. Contrab. empt.* Quid opus igitur; ſtatuere quod vult Cujacius, Qualitatem & materiam eſſe idem in *hoc* § *quamvis*? Cur non ita: Conſenſiſſe partes in materiâ, putavit enim uterque eſſe è ligno menſam: Errarunt in qualitate ligni & in pretioſitate, Talis autem error non reddit nullam venditionem: ſed locum in id quod intereſt actioni facit *d. l.* 9. *in fin. &* 10. *& l.* 14. *d. Contrab. empt.* Ita quominus bene ſit apud Florentiam, nihil obſtare videtur.

Paulus Lib. 11.

Si duorum fundorum venditor ſeparatim de modo cujusque pronuntiavit, & ita utrumque uno pretio tradiderit, & alteri aliquid deſit: quamvis in altero exſuperet: fortè ſi dixit, unum centum jugera, alterum ducenta habere: non proderit ei, quod in altero ducenta decem inveniuntur, ſi in altero decem deſint. Et de his ita apud Labeonem relatum eſt. Sed an exceptio doli mali venditori profutura ſit, poteſt dubitari. Utique ſi exiguus modus fundi deſit: & plus in vineis habeat, quàm repromiſſum eſt. An non facit dolo, qui jure perpetuo utitur? nec enim hic, quod amplius in modo invenitur, quàm alioquin dictum eſt, ad compendium venditoris, ſed ad emptoris pertinet. Et tunc tenetur venditor, cum minor modus invenitur. Videamus tamen, ne nulla querela ſit emptoris in eodem fundo, ſi plus in viniat invenia, quàm in prato, cum univerſus modus conſtat. Similis quæſtio eſſe poteſt ei, quæ in duobus fundis agitata eſt, & ſi quis duos ſtatuliberos uno pretio vendat: & dicat, unum decem dare juſſum, qui quindecim dare debebat. Nam & hic tenebitur ex empto actione: quamvis emptor à duobus viginti accepturus ſit. Sed rectius eſt; in omnibus ſupra ſcriptis caſibus, lucrum cum damno compenſari: &, ſi quid deeſt emptori, ſive pro modo, ſive pro qualitate loci, hoc ei reſarciri. L. 42. d. Act. empt.

2. Negat æquitatem huic legi conſtare Cenſor Autumnus, & Antonius Faber ultimum verſum, *ſed rectius eſt*, à Triboniano putat eſſe adjectum. Nec enim verſimile eſſe, Paulum à ſuâ & Labeonis ſententia tam abrupte deſciviſſe. Autumnus idem abrogandam judicat hanc concluſionem, quod Emptor profeſſionem venditoris in unâ parte defectam, per id quod ſuperat in altera parte, compenſare debeat, & querelam ac repetitionem amittat nec moribus hodiernis, qui ad æquitatem vergant, id eſſe conſentaneum. Rationes ejus nihil habent ſingulare; bonæ fidei convenire, ut pacto ſtetur, & alia, quæ nemo neget. Magis mirari licet hominum varietatem judiciorum; quo dictamen ipſius Æquitatis, quod in hujus concluſione loci relucet, iniquitatis accuſant. Nonne Strictum jus eſt, captare verba? Nonne cum ſeparatim venditor de modo fundorum ſimul venditorum pronuntiavit, quod minus eſt in uno, captare velit, emptor ſuo commodo, & quod plus eſt in altero, pariter lucrari, captio inquam eſt? Imo jus perpetuum, id eſt, commune, quod perpetuo rigore verborum omnes æqualiter conſtringit, vel quod ex Edicto *perpetuo*, competit, temperandum eſt æquitate, quæ dictat compenſationem. Nec adverſatur *l. 22. h t. Si in qualitate fundi venditor mentitus ſit, non in modo ejus: tamen tenetur emptori. Pone enim dixiſſe eum, quinquaginta jugera eſſe vineæ, & quinquaginta prati, & in prato plus inveniri, eſſe tamen omnia centum jugera.* Nam ibi ratione qualitatis intereſt Emptoris, eo quod pluris ſit vinea, quam pratum, quod ei præſtandum eſſe vult æquitas, & natura compenſationis, quæ non habet locum in diverſæ rebus æſtimationis, atque ita hic ipſe textus in *extimo verſiculo*. Qui nec in verbis, nec in argumento quicquam habet indignum Paulo, nec abhorrens à ſuperioribus *in eadem* diſputatione, quoniam hac in-

ter

ter ſtricti juris rationem & æquitatem fluctuante, ultimo loco ejicitur anchora, in qua ſubſiſtit & acquieſcit, minimè ἄπορον δοκήσεως, & præter opinionem.

Africanus Lib. VIII. Quæſtionum.

Cum & forte idem mediocrium facultatem ſit, & non ultra duplum, periculum ſubire eum oportet, l. 44. d. Action. Empt.

Etſi verba hujus textus è ſententia legis 43. *præcedentis & ſequentis*, quas non attingimus, pendeant, nihil opus tamen hic eſt, ad illas digredi. Cenſura enim ſine illis intelligi poteſt; ſi modo teneamus, agi hic de præſtatione venditoris, ſi emptor, Areſcuſa vendita, ſecundum legem venditionis frui non poſſit: Hanc præſtationem non poſſe duplum excedere, ait Africanus. Unde hoc, opponit Giphanius ad *tit. C. de Evict. p. 466*; cum illud jus, quod venditor ultra duplum non teneatur, demum ſit introductum jure novo in *l. un. C. de Sent. quæ pro eo quod int. prof* quam Legem Stephanus Forcatulus ab antiquis Juriſconſultis non magis intellectum iri ſcribit, ſi reviviſcerent, quam Sphingem Thebanam, ut refert hic Wiſſembachius: Statuit autem *d. l un.* id quod intereſt nunquam excedere poſſe duplum. Proinde ſit hoc ſpecimen vaticinatoriæ Triboniani Jurisprudentiæ, qui Pandectis inſeruit, quod diu poſtea demum fuerat introductum vel erat introducendum. Sed hanc Giphanii Cenſuram non admittit Wiſſembachius noſter in *Emblem. ad h. l. Nam*, inquit, in *uſum Evictionis etiam tripli vel quadrupli conventio admittitur l. 56. in pr. l. 74. in pr. d. Evidion. l. 5. in pr. d. Jur. Fiſc. Sicut in ſtipulatione Judicio Siſti, quæ in id quod intereſt concipitur, admiſſa eſt Conventio ultra duplum l 4. §. ult. Si quis caut. jud. ſiſt.* Hæc Wiſſembachius ad refellendum Giphanium, quæ directe, ſi quid judico, firmant ejus ſententiam. Nam ſi olim Venditoris obligatio duplum excedere potuit; unde igitur Africanus hic negat, emptorem ultra duplum teneri non oportere? Rectius igitur ita dixeris. Emptores olim in id quod intereſt Empti actione tenebantur; aut ex ſtipulatu in duplum quæ fuit ordinaria & adſidua ſtipulatio *l. 25. C. de Evict. l. 2. d. Evict. l. 31. §. 20. d. Ædil. Ed.* Quam etſi per expreſſam ſtipulationem egredi liceret quantitatem, *d. l. 56 & l. 74.* quoties tamen nihil erat expreſſum, Emptoris obligatio duplum non excedebat *d l. 2. l. 31. §. 20.* Talis autem fuit caſus in *l. præced.* quo nihil ſuper eo quod intereſſet expreſſum fuerat. Atque ideo non potuit aliter Africanus etiam pro juris antiqui ratione reſpondere quam quod ſic ſcribit, non oportere Emptorem ultra duplum ſubire periculum. Qua ratione labitur Cenſura Giphanii.

Paulus Lib. VI. Reſponſor.

Lucius Titius, accepta pecunia ad materias vendendas ſub pœna certa, ita ut ſi non integras repræſtaverit intra ſtatuta tempora, pœna conveniatur, partim datis materiis, deceſſit. Cum igitur teſtator in pœnam commiſerit, neque heres ejus re-

 liquam

liquam materiam exhibuerit: an & in pœnam, & in uſuras conveniri poſſit? præſertim cum emptor mutuatus pecuniam, uſuras graviſſimas expendit? Paulus reſpondit. Ex contractu, de quo quæritur, etiam heredem venditoris in pœnam conveniri poſſe: in actione quoque ex empto, officio judicis, poſt moram intercedentem, uſurarum pretii rationem haberi oportere. L. 47. d. Action. empt.

1. Groenewegius *ad h. l. Venditorem ejusve heredem & pœnam & mutuatæ pecuniæ uſuras præſtare, iniquum, ideoque & hanc L. abrogandam Cenſet Autumnus Confer. du droict. hic.* Facit *lex* 13. §. 26. *h. t. Ibidem Papinianus reſpondiſſe ſe refert, ſi convenerit, ut ad diem pretio non ſoluto, venditori duplum præſtaretur, in fraudem conſtitutionum videri adjectum, quod uſuram legitimam excedit. Diverſamque cauſam commiſſoriæ eſſe ait: cum ea ſpecie (inquit) non fœnus illicitum contrahatur, ſed lex contractui non improbata dicatur.* Non valet pactum pœnale, quod majorem, quam lege permiſſum ſit, uſurarum præſtationem inducat, quod in hac l. 47. utique enormiter fiat. Brunemannus *ad h. l.* Argumentum hujus *inquit*, loci *iniquum putat Groenewegen, ſed venditor* pergit, *uſuras ſolvit ob uſum pecuniæ & pœnam ſolvit, ob fractam fidem.* Verum an hoc etiam dici non poſſet in ſpecie *d. l.* 13. §. 26? Sane ibi vertitur uſus pecuniæ, & fides data, non ſervata. Melius Faber, ut videtur, eſſe diſtinguendum putat, inter factum promiſſum & pecuniam creditam. De hac uſuræ quantitatas eſt definita legibus. Factis autem uſura non convenit, ſed ab illis omnino ſeparata eſt. Ideoque pœna conventionalis applicita facto, ut in hac *l.* 47. nihil habet commune cum eo quod intereſt, ratione pecuniæ, quod in contractu bonæ fidei eſt uſura. Bene igitur Brunnemannus, Fabro junctus: Uſuram præſtari ratione pecuniæ, pro qua emptor ipſe graviſſimas uſuras expendiſſe dicitur; Pœna vero ſolvitur ob fidem in facti promiſſione non ſervatam. Quæ cum ſeparatam habeant rationem, iniquitatis argui non poſſunt. Denique, neminem turbet, opinor, ratio dubitandi, mota Fabro, quod æqitatis ratio non patiatur, ut pœna tranſeat ad heredes. *l.* 20. *d. Pœnis.* Id enim de pœnis legalibus delictorum, non de conventionalibus, quæ in locum ejus quod intereſt, ſuccedunt: intelligendum eſſe, juris indubitati eſt, adeò ut pœnæ conventionales non faciant actiones pœnales, ſed rei perſecutorias §. *ult. Inſt. de Verb. Obl.* Cæterum, in *h. l.* 47. Verbum *repræſtaverit*, eſt, *Repræſentaverit*, exhibuerit, ut monet Cujac. 3. *obſ.* 15.

Labeo Lib. IV. Poſteriorum à Javoleno epitomatorum.

Bona fides non patitur: ut, cum emptor alicujus legis beneficio, pecuniam rei venditæ debere deſiſſet, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelleretur, & re ſua careret. Poſſeſſione autem tradita futurum eſt, ut rem venditor æque amitteret: utpote cum petenti eam rem emptor exceptionem rei venditæ & traditæ objiciat: ut perinde habeatur, ac ſi petitor ei neque vendidiſſet, neque tradidiſſet. L. 50. d. Action. empt.

1. Anton. Faber in *Rational. ad h. l.* Locus hic mihi ſemper obſcurus viſus eſt, *inquit*; ideo, ut arbitror, quia mendoſus, & quia conſtrui nullo modo

poteſt,

poteſt, ſive Florentinam, ſive vulgatam Lectionem ſequamur; niſi emendetur, mutatâ dictione, UT in NI, pro niſi: Hoc ſenſu; Ut prior ſententia hujus L. quæ habet, ſuccurrendum eſſe Venditori, à quo emptor liberatus eſt, ne cogatur ei rem tradere; non ſatis plene proſpiciat, niſi ad eam aliquid addatur. Ita *Faber*, pluribus hoc adſtruens, quam hic referri poſſit. Accurſius, qui gloſſis ſuis ad intelligendas leges incomparabilem adtulit lucem, hic mihi non magis quam Fabro ſatisfacit. Nec tamen Emendatio Fabriana placet; *nec enim ad literam deſcendit*, ut Accurſius de Criſi coacta loquitur. Hoc cuivis in conſpectu eſt, opus fore, uti plura mutentur. Quid enim hoc, *Poſſeſſione autem traditâ, futurum eſt, NI rem venditor æquè amitteret.* Tu, ſi placet mecum recollige legem, & confer hanc meam paraphranſin. *Bona fides non patitur, ut cum emptor, alicujus legis beneficio pecuniam rei venditæ debere deſiſſet*, (in perpetuum, ſi novæ tabulæ ſint factæ, vel ad tempus, qualem fuiſſe legem, tempore belli, in Friſiâ latam, memini) antequam res ei tradatur, ut venditor, inquam, *& rem tradere & re ſuâ* (mallem *pretio*) *carere cogatur. Poſſeſſione autem traditâ, futurum eſt, ut rem venditor æquè amittat*, ac ſi pretium accepiſſet: *Utpote, cum repetenti rem venditori emptor exceptionem rei & venditæ & traditæ objecturus ſit.* Cum hoc effectu: ut perinde habeatur, ac ſi petitor, ſcilicet venditor, *ei neque vendidiſſet neque tradidiſſet.* Adeo nullam actionem habebit ad pretium petendum, ob beneficium legis, ac ſi nihil venditum eſſet. Hæc ſatis ſibi conſtare videntur; Emendatio Fabri, niſi me fallit opinio, rem facit obſcuriorem, & orationem Pauli exhibet inverſam.

Labeo Lib. 1. Pithanon.

Si mercedem inſulæ acceſſuram eſſe emptori dictum eſt: quanti inſula locata eſt, tantum emptori præſtetur. Paulus. *Imo ſi inſulam totam uno nomine locaveris, & amplioris conductor locaverit, & in vendenda inſula mercedem emptori ceſſuram eſſe dixeris; id accedet, quod tibi totius inſulæ conductor debebit. L. 53. in pr. d. Act. Empt.*

1. Anto. Faber. Nec ſane putandum eſt, aliter Labeonem ſenſiſſe, *inquit*, ut conſtat ex Javoleno, qui eandem Labeonis ſententiam expreſſit in *l. inſulam 58. in pr. tit. prox. ſequ.* Quid enim aliud dixerat Labeo, niſi, quod, ſi mercedem inſulæ acceſſuram eſſe emptori dixerit, tanti præſtare debeat emptor, quanti inſula locata eſt. Quid ni ea verba ſic intelligas, ac ſi ſcripſiſſet, *quanti locata eſt primo conductori*, non etiam, *quanti à primo conductore*? Sed flagravit Paulus noſter miro deſiderio contradicendi Labeoni, ut plus utique ſapere videretur. Idque apparet manifeſto, ex hoc loco & aliis pleriſque. *Hactenus Faber*, in quem aliquis merito hanc Cenſuram in Paulum ſit iſtam retorquere poſſit. Flagrare miro Fabrum deſiderio, contradicendi Juris auctoribus, & primis & Juſtinianæis, ut plus utriſque ſapere videatur; quemadmodum toties animadvertere licuit. Hoc loco, nihil video, quod ſtudium illud contradicendi & reprehendendi Labeonem arguat in Paulo. Sententiam Labeonis propoſuit, ut in *relatione*

ſita

ſita erat; Domo hac lege venditâ, ut merces emptori cederet, Labeo ſimpliciter dixerat, emptori tantum deberi, quanti domus locata fuerat. Paulus vidit, & recte, ex his verbis non decidi caſum, qui incidere poſſit: Conductor habet jus relocandi domum alii; Pone, cum pluris locaſſe, quam cum venditore pactus erat. Emptor, ſibi hanc mercedem ſecundam & maximam deberi. Verba enim Pacti Venditioni domus adjecti eſſe generalia; ſi quid obſcuri ſit vel ambigui, dandam eſſe interpretationem contra venditorem, qui Legem dixit, eumque teneri ad id quod emtori commodiſſimum erit, præſtandum. Non erat indigna, res, ſcrupulo quem Paulus exemit, dicta Labeonis explicando, & ſententiam ejus claris verbis eliciendo, non reprehendendo, vel majus acumen oſtentando, ut arguit Faber.

Ulpianus Lib. XXXII. ad Edict.

Qui impleto tempore conductionis, remanſit in conductione, non ſolum reconduxiſſe videbitur, ſed etiam pignora videntur durare obligata: ſed hoc ita verum eſt; ſi non alius pro eo in priore conductione res obligaverit: hujus enim novus conſenſus erit neceſſarius. Eadem cauſa erit, & ſi reipublicæ prædia locata fuerint. Quod autem diximus, taciturnitate utriusque partis colonum reconduxiſſe videri, ita accipiendum eſt: ut in ipſo anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovaſſe, non etiam in ſequentibus annis: & ſi luſtrum fortè ab initio fuerat conductioni præſtitutum. Sed & ſi ſecundo anno, poſt finitum luſtrum, nihil fuerit contrarium actum: eandem videri locationem in illo anno permanſiſſe, hoc enim ipſo, quo tacuerunt, conſenſiſſe videntur. Et hoc deinceps in unoquoque anno obſervandum eſt. In urbanis autem prædiis alio jure utimur; ut, prout quiſque habitaverit, ita & obligetur: niſi in ſcriptis certum tempus conductioni comprehenſum eſt. L. 13. §. ult. Locati conducti

1. Magna Romani Juris imprudentia omnium gentium conſenſu & contrario inſtituto redarguitur: quod in ædibus aliud juris, reſpectu tacitæ continuationis in locatione conductione, quam in agris, eſſe voluerunt, Ut in his quidem ſi nihil dictum eſſet, integri anni relocatio facta cenſeatur, in illis, quatenus habitatum ſit. Quod ut bifariam accipi poteſt, ita neutro ſenſu inutililitatis, & abſurditatis notam evitat. Grotius hæc verba, *prout quisque habitaverit*, hoc modo accepit; daer door woort de huyr verſtaen verlengt te ſijn / voor ſoo veel tijds als de ſelve te voren was aengegaen / *lib.* 3. *Introduct. Holl. c.* 19. *n.* 4. Proinde, ſi ad decennium locata fuerit domus, ultimo anno tacite elapſo, renovata cenſeretur locatio conductio ad novum decennium? Ita ille Jure Civili cautum eſſe tradit; Inciviliter ac enormiter, ſi quid aliud uſquam Infinito melius & utilius hoc eſt quod moribus obtinet, ut ad annum ſequentem renovatio facta videatur. Sed verius eſt, Grotium aberraſſe à ſententia hujus loci: verba prædicta non reſpiciunt ad procul, ſed ad proximè præcedentia: procul erat hoc, quod in ruſticis prædiis renovatio ad unum annum non ad omne tempus v. gr. ad luſtrum, per ſilentium in fine temporis, facta videretur; Quibus oppoſita

verba

verba de prædis urbanis, *prout huiſque habitaverit*, videri poterant hoc velle, quod Grotius inde colligit. Sed ratio vult, ut ſi illa verba σχέσιν ad præcedentia habere debeant, hanc petamus è proximo, *Et hoc deinceps in unoquoque anno obſervandum eſt.* Cui mox ſubjicit, *In urbanis autem prædiis alio jure utimur, ut prout quiſque habitaverit, ita & obligetur.* Ne quidem ad annum facta videtur renovatio; ſed hoc ſpatium, quo quis denuo poſt finitum conventionis tempus habitaverit, ex renovato contractu habitatum videtur, ut actio locati Conducti inde reciprocetur. At hoc ſenſu, quovis momento uterque reſilire, Locator expellere conductorem, hic quoties libet, ædes evacuare poteſt. Quo nihil utroque & ad domos conſervandas reſque familiares continendas inutilius, aut incommodius. Quanto rectius hodierni mores, inde ab aliquot menſibus ante finem temporis expreſſi, ſilentium pro novo conſenſu in annum ſequentem accipiunt!

2. Reſpondeamus ad Cenſuram breviter. Agere enim de ipſo negotio non eſt hujus loci. Inſtitutum Juris Romani iniquitatis periculum adit nullum: Inutilitatis arguitur. Quâ parte non negamus, aliquanto commodius hodie conſultum videri. Nec tamen jus antiquum ſua ratione, ſuoque commodo deſtitutum fuit. Ratio eſt in exactâ obſervatione contractus, ſecundum fidem datam. Differentia prædii ruſtici & urbani, quæ traditur in hoc §. *ult.* à fructuum perceptione, quæ anni ſpatio circumagitur, re ipsâ dictante, petita eſt. Incommodum renuntiandi migrandive quovis momento, poſt finem temporis expreſſi, mollitur hac limitatione, quam ſuggerunt interpretes, citati Brunemanno *ad h. l.* non eſſe captandum hoc, mutuo alterius incommodo. Civile laxamentum quod in ſolutione, reique judicatæ executione, aliisque negotiis impertiuntur leges, id heic non eſſe præcludendum. Denique, id efficiebat illa vetus obſervatio, ut quisque rebus ſuis exacte curandis cavendiſque animum Paterfamilias adverteret, ac in futurum conſuleret. Non poteſt etiam negari, quin renunciatio, ut eſt hodie, facienda modo judiciali crebras civibus moleſtias, captiones, denique litium occaſiones ſuppeditet; quibus iſta veterum ſimplicitas minus obnoxia fuiſſe videtur. Plura de argumento Legis univerſo aliunde petenda ſunt.

Ulpianus Lib. XXXII. ad Edict.

Item cum quidam, nave amiſſa, vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteretur: reſcriptum eſt ab Antonino Auguſto: non immerito procuratorem Cæſaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non ſit. Quod in omnibus perſonis ſimiliter obſervandum eſt. L. 15. § 6. Locati.

1. Multa ſunt adverſus æquitatem hujus loci. Mercator nautæ merces locavit transvehendas, & vecturam ei prorogavit, quam ita *pro mutuâ* datam, ut Florentiæ legitur, poſt varios emendandi conatus latinè dici, concedit Cujacius in *lib.* 3. *obſ. cap.* 1. ſed Nauta paſſus naufragium merces transvehere non potuit. Repeti poſſe vecturam, quia vehendi munere functus non eſt, ex reſcripto Imperatoris Antonini, reſpondet Ulpianus *hic.* Atqui I. caſus fortuitos nullo bonæ fidei judicio præſtari juris & æquitatis ratio

dictat *l. 9. C. de Pignor act.* Appoſite Seneca: *epiſt. 86. Gubernator tibi non felicitatem promiſit, ſed fidelem operam: hæc eo magis apparet, quo illi magis aliqua fortuita vis obſtitit*, nihilque poteſt imputari Nautæ in eo, quod Θεοῦ Βίᾳ, *vi majore atque divina contigit*. Præter quod, II. naufragio afflictis addi non debet afflictio. III. Cur autem caſus fortuitus magis Locatori navis, ad transvehendas merces, quam Venditori caſus fortuiti imputantur? Emptor ſolvere debet pretium, etſi res pereat *l. 8. d. Peric. & Comm. rei vend.* Quid ni igitur mercator mercedem, etſi navis amiſſa fuerit? maximè, ſi caſus ille poſt merces in nave collocatas, quæ traditionis inſtar eſt, evenerit. Accedit, IV. argumentum legis 19. §. *pen. & ult. h. Cum quidam exceptor operas ſuas locaſſet, deinde is, qui eas conduxerat, deceſſiſſet: Imperator Antoninus cum Divo Severo reſcripſit ad libellum exceptoris in hæc verba: Cum per te non ſtetiſſe proponas, quo minus locatas operas Antonio Aquilæ ſolveres: ſi eodem anno mercedes ab alio non accepiſti, fidem contractus impleri, æquum eſt.* V. opponitur *Lex 38 eod. Qui operas ſuas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, ſi per eum non ſtetit, quo minus operas præſtet.* VI. objicitur, *L. 1. §. pen. d. Extraord. cognit. Divus Severus ab heredibus Advocati, mortuo eo, prohibuit mercedem repeti: quia per ipſum non ſteterat, quo minus cauſam ageret.* Quod ipſum exacte convenit in ſpeciem hujus textus. VII. obſtat *L. 4. §. 5. d. Statulib.* ubi, *ſervire nobis intelliguntur etiam hi, quos Curamus ægros, qui cupientes ſervire, propter adverſam valetudinem impediuntur.* Denique VIII. peremptorium diverſæ æquitatis argumentum eſt in *l. 10. C. d. Condict. ob cauſ. dat. Pecuniam à te datam, ſi cauſa, pro quâ data eſt, non culpâ accipientis, ſed fortuito caſu non eſt ſecuta, minimè repeti poſſe certum eſt.* IX. Poſtremo opponitur *L. pen. §. 1. h. t. Navem conduxit, ut de provincia Cyrenenſi Aquilejam navigaret, olei metretis tribus millibus impoſitis, & frumenti modiis octo millibus, certa mercede: ſed evenit, ut onerata navis in ipſa provincia novem menſibus retineretur, & onus impoſitum commiſſo tolleretur. Quæſitum eſt, an vecturas, quas convenit, à conductore ſecundum locationem exigere navis poſſit. Reſpondit, ſecundum ea, quæ proponerentur, poſſe.*

2. Hic rhodus, hic ſaltus! Eunomia & antinomia utraque laborant tot difficultatibus, ut vadimonium deſeri poſſit. Primo æquitas hujus loci demonſtranda, tum ad objecta reſpondendum. Si nauta, nave amiſſa, peteret mercedem pro mercibus transvehendis promiſſam, credo, non videretur iniquum, quod nihil ei ſolveretur, eo quod vehendi munere functus non eſſet. Quod ſi petere non poſſit promiſſum, cur eâdem ex causâ acceptum pro mutuo reddere non debeat, æquitatis ratio ſolida non apparet. Maxime; ſi verba textus hujus ita capiamus, ut accipi poſſunt, de caſu, quo navis ante præſtitum & inchoatum navigationis miniſterium amiſſa fuit. Nam ſi mercibus illatis, cum ſolviſſet è portu navis, tempeſtate perierit, major dubitandi ratio fuerit, ut textus quidem noſter illâ expoſitione penitus abſolvi queat: Sed non videtur tamen hac utendum ratione: magis eſt, ut locus indiſtincte, quemadmodum verba de *amiſſâ nave*, cum *vehendi munere functus* ſeu perfunctus *non ſit*, habent, tam ad caſum inchoatæ quam nondum ſuſceptæ navigationis, referenda videantur: Ut afflictio caſus fortuiti his, quibus incubuit, noceat; Quam rationem merito ſequuntur

quuntur Interpretes Coſtalius, Buſius, Brunnemannus. Ergo ut merces amiſſæ damno mercatorum cedunt, ita quod ad navem pertinet, hoc nautæ detrimentum eſt: Nec dubium eſt, quin vectura, navis reſpectu, debeatur; Hanc igitur non minus quam ipſum vehendi munus amiſſæ navis calamitas intercipit. Si culpa nautæ argui poſſet, etiam in id quod intereſt teneretur *l.* 15. *pr.* §. 7. & *paſſim. h.* Ceſſante culpa, damnum fortuitum vi majore divinitus commiſſum, recuſandi cauſam non habet is, qui in eo deprehenſus eſt. Secundum hæc, objecta videamus.

3 Quod ad primum attinet, verum eſt, caſum fortuitum in nullo contractu alii ab alio præſtari; ſed unusquisque eum ferre debet, ſibi evenientem. Hic autem caſus accidit Nautæ, qui proinde ipſe eum ferat oportet, neque mercatori imputare poteſt, quo magis ille mercedem ſolvat, aut ſolutam quominus repetat. Inde *ſecunda* labitur ratio miſerationis erga addictum, ne gravetur novâ naufragium paſſus jacturâ. Nec enim Θεῦ βία, vis & calamitas inflicta divinitus, in alium, quam, cui immittitur, averti poteſt. Tertium argumentum nihil concludit: Emptor fert damnum caſus fortuiti, Ergo & conductor. Uter enim eſt Conductor? Nauta magis, opinor, qui merces conduxit transvehendas. Ergo periculum ad ipſum, potius quam ad mercatorem, qui minus propriè conductor navis operæve dici poteſt, ſpectet oportet. Niſi potius hic juris ſit, quod ſolet; ut periculum è caſu fortuito cauſam dominii ſequatur: Mercium ſcil: mercatorem; Navis & vecturæ, nautam, ut jam diximus. Ad IV. objectionem: Caſus fortuitus imputatur ei, cui accidit. Exceptor eſt & manet paratus ad operam toto anno præſtandam; ſed per conductorem ſtat, fato: Heredes, ſi velint uti poſſunt Notario; quod ſi jam commodum illis non ſit, exceptori ſcribæ nocere non debet. Idem eſt in Comitibus Legati Cæſaris mortui §. *ult. d. l.* 19. Nec opus eſt alio reſpondendi medio *ad l.* 38. *h.* quæ facit *quintam* objectionem. Quoties conductor in eo ſtatu eſt, ut operam ſuam præſtare velit ac poſſit, nihil obſtat, quominus integra merces ei debeatur Sed in *L.* 1. §. *pen. d. Extraord. Cognit.* clare videmus impedimentum fortuitum eſſe à parte Advocati; cujus tamen morte non intercidit petitio ſalarii promiſſi. Quæ res argumento eſſe videtur, in reliquis etiam quando fatali cauſâ quis operam navare prohibetur, non tolli petitionem mercedis, nedum hanc reperi poſſe ſolutam: ſine diſtinctione ab utrius parte venerit impedimentum, caſu fortuito objectum. Sed dicendum, vel in Advocatis, qui non conducuntur, ſed precibus adeuntur, habentque non conductores aut locatores, ſed clientes, aliquid eſſe præcipuum: Vel potius, non ſtetiſſe per Advocatum, quominus in tempore, dum viveret, cauſam ageret, impedimentis aliunde, forſitan ab ipſo, cui patrocinabatur, obortis. In *l.* 4. §. 5. *d Statulib.* nihil aut parum eſt, quod huic negotio rectè applicetur. Servus in teſtamento domini accepit libertatem, ſi annum heredi ſervierit: Huic anno detrahi dies, quibus ægrotavit, aſperum & inhumanum merito viſum eſt; in favorem libertatis, quæ tot ac tanta ſemper habuit ſingularia, ut inde ad Locationem Conductionem nullo modo ſit argumentandum. Plus argumenti eſt in *l. ult. C. de Condict. ob cauſ. dat.* Ad quam duplex ſit reſponſio. Prima non exprimi, cui generi caſus

Digitized by Google

fortuiti illud Reſcriptum fuerit applicitum. Ideoque non videri talem fuiſſe caſum fortuitum, qui à parte accipientis ſit profectus, aut illum adflixerit, ut in noſtrâ *l.* 15. §. 6. Altera ſit reſponſio; non eandem eſſe rationem locationis Conductionis, quæ eſt Contractus innominati, Do ut facias: Cum in illa merces ad operam ſe referat; quâ non ſequutâ, correlatum, quod eſt merces, pariter ceſſet. Quod verò datur, ut aliquid fiat, aliquanto propius ad liberalitatem accedit; quâ de re latius actum *ad l. 5. ſuprà d. Condict. cauſ. dat. non ſec.* Pluribus hanc differentiam Locationis Conductionis, & Contractus innominati adſtruit Anton. Faber in *Rational. ad h. l.* Poſtrema ad *l. pen* §. 1. reſponſio, ex ipſo textus argumento reſultat. Mercator enim ibi merces in navem congeſſerat, prohibitas, quæ propterea detentæ neque transvehi permiſſæ fuerunt. Cujus rei culpa locatorem merito, mercedis prorogatæ vel nondum ſolutæ damno multare poteſt & debet. Ita cur hoc Antonini Reſcriptum iniquitatis ſit damnandum, juſta ratio eſſe non videtur.

Gajus Lib. x. ad Edictum Provinciale

Si merces promiſſa ſit generaliter alieno arbitrio, locatio & conductio contrahi non videtur. Sin autem, quanti Titius æſtimaverit, ſub hac conditione ſtare locationem: ut ſi quidem ipſe, qui nominatus eſt, mercedem definierit, omnimodo, ſecundum ejus æſtimationem, & mercedem perſolvi oporteat, & conductionem ad effectum pervenire: ſin autem ille vel noluerit, vel non potuerit mercedem definire, tunc pro nihilo eſſe conductionem, quaſi nulla mercede ſtatuta. L. 25. in pr. Locati.

1. Jure veteri dubitatum fuit, an valeret Emptio Venditio, Locatio Conductio in alterius arbitrium collata, quibusdam negantibus, aliis ita concedentibus, ſi tanquam ad arbitrium boni Viri collatum eſſet pretium aut merces, ut Juſtinianus refert in *l. ult. de Contrah. Empt.* qui decidens hanc dubitationem, ſtatuit illud ipſum, quod eſt in *hoc pr.* cujus verba perſpicue deſumpta ſunt ex *d. l. ult.* ut obſervat Cujacius in *l.* 43. *V. O.* ubi, *Tribonianus*, inquit, *ſub nomine Caji uſus eſt Juſtiniani verbis*; etſi non opus eſt ſagacitate multâ ad hoc emblema detegendum, quo etiam retulit hoc ſpecimen D. Wiſſembachius. Faber autem Antonius, hujus loci argumento tam manifeſto, inſultat iis, quibus perſuaderi non poteſt, dari Tribonianiſmos in Pandectis; Quorum ex numero me non eſſe, hactenus, tametſi Fabro ſæpe fidem negaverim, eſt quod gaudeam ſcilicet: Nunquam enim negavi Tribonianum verbis JurisConſultorum veterum ſæpius argumentum novarum adſperſiſſe Conſtitutionum. Sed integros textus eſſe commentum, ſine exemplo legum Imperialium, id non facile adductus ſum ut crediderim. Nec etiam totum hoc Principium eſſe ab illo adſutum, dicere neceſſe fuerit. Quominus enim priora veaba ſint Gaji, quorum ſequentia forte Tribonianus induxit, & compendium *d. l. ult* illis ſubſtituit, non videtur eſſe dubitandum. Ad rem ipſam plura dicere, quod *in Prælectionibus ad Inſt. Tit. de Empt Vend.* actum, non eſt hujus loci aut inſtituti.

Gajus

Digitized by Google

Gajus lib. x. ad Edict. Provinc.

Culpæ autem ipſius & illud adnumeratur, ſi propter inimicitias ejus vicinus arbores exciderit. L. 25. §. 4. *Locati.*

1. Non eſt de nihilo Cenſura hujus loci, quam dedit Autumnus: *Quisque ſuos patimur manes*, inquit, *& pœna ſequitur auctores ſuos l. ſancimus C. de Pœn. Iniquum eſt igitur, innocentem ex alterius culpâ teneri, & immerentem luere*, præſertim, quia hic non diſtinguitur, utrius vitio contracta ſit inimicitia. Hanc Cenſuram plerique ſic amoliuntur, ut hanc regulam, *Damnum quod quis patitur ab inimicis ſuis, culpâ ſuâ pati intelligitur*, ita limitent, uti procedat, *ſi culpâ ejus inimicitiæ ſuſceptæ ſint*, apud Wiſſembachium ad *Tit. ff. de Leg. Aquil. th.* 10. eamque limitationem probant ex *l.* 66 *in pr. Sol. matrim. In his rebus, quas præter numeratam pecuniam, doti vir habet, dolum malum & culpam eum præſtare oportere, Servius ait. Ea ſententia Publii Mucii eſt. Nam is in Licinia Gracchi uxore ſtatuit, quod res dotales in ea ſeditione, quâ Gracchus occiſus erat, periiſſent, ait, quia, Gracchi culpa, ea ſeditio facta eſſet; pretium Liciniæ præſtari oportere.* Hoc textu in eundem finem utitur Sandius in *lib.* 5 *tit.* 7. *def.* 2. ad defenſionem judicati in hac ſpecie facti. Jarichius Liaucama Friſius Nobilis, rebus in Belgio turbatis, fidem ſuam Hiſpaniæ Regi, ut domino Friſiæ, præſtiterat, ac contra Patriam arma tulerat; Eoque reſpectu villa ejus combuſta erat, unaque res mobiles inquilini, dum ipſe procul aberat. Judicatum fuiſſet illum teneri ad pretium iſtorum mobilium inquilino præſtandum, quia, quod arma contra Patriam ferret, in hypotheſi libertatis, quam hic tuebamur, culpæ & crimini imputandum erat: niſi per Induciarum leges Duodecennalium & Amneſtiam ſancitam illi ſubventum fuiſſet. Verum enimvero Brunnemannus *hic*, iſta limitatione parum profici, cum plerumque inimicitiæ culpam utriusque, vel dubiam contineant, obſervat. Præterea, culpam obligare ad præſtationem facti plane ſeparati, quod nullo modo in poteſtate ſit avertere, durum nec ſatis juridicum videtur. Venditor, ob cuius crimen fundus venditus eſt publicatus, ita deſignatur in *l.* 33. *h. t. Quamvis per te non ſtet.* Sic, *de damno ab alio agi non poſſe, Julianus ait. Quâ enim cuſtodiâ conſequi poterit, ne damnum injuria ab alio dari poſſit?* *l.* 41. *h. t.* quæ Juliani ſententia plenius extat in *l.* 19. *Commod. Ad eos, qui ſervandum aliquid conducunt, aut utendum accipiunt damnum injuria ob alio datum non pertinere, proculdubio eſt. Qua enim cura, aut diligentia conſequi poſſumus, ne aliquis damnum nobis injuria det.* Utrumque textum ait eſſe contrarium huic *legi* 25. §. 4 D. Wiſſembachius *in d. th.* 10. Sed cum Juliani ſententia non loquatur, de culpa ejus, qui ad rem cuſtodiendam & reſtituendam tenetur, cujus expreſſe meminerunt Gajus *hic*, & Javolenus *in d. l.* 66. nihil eſt cauſæ de conciliatione deſperandi.

3. Verum tamen acquieſcere non poſſum in eo, quod Sandius & Wiſſembachius aliique volunt, indiſtincte me teneri, è damno ab alio, propter inimicitiam non ſine meâ culpa contractam, dato. Non utique in tali ſpecie, qualem Sandius

 tractat,

tractat, ut is, qui peregre abeſt, teneatur in infinitum colono ſuo, de damno ab inimicis ipſius dato. Si fructus corruperint prædiumque vaſtaverint inimici domini, amittat hic Locati actionem ad petendam mercedem: ſed ut inſuper de mobilibus colono ereptis, de vulneribus illatis, de cædibus factis, pecuniariè duntaxat, teneatur dominus fundi, non habet rationem. Nec enim qui eſt in culpâ vel in crimine, de omnibus inde per conſequentiam oriundis, ſed de his quæ immediatè connexa ſunt, duntaxat tenetur. Argumento ſit, præter id, quod ex *l.* 33. *h.t.* prolatum eſt, ſervi corrupti reus, qui non modo tenetur in duplum ejus, quo ſervus vilior factus eſt, ſed etiam de rebus, quas ſervus abſtulit, aut perdidit, *l.* 10. *d. ſerv. Corr.* Verum quæ poſtea facta ſunt, etſi à corruptione profecta in æſtimationem non veniunt *l.* 11. *in pr. eod.* & §. 1. *ubi*; *Neratius ait, poſtea furta facta in æſtimationem non venire. Quam ſententiam veram puto. Nam & verba edicti*, Quanti ea res erit, *omne detrimentum recipiunt. Servo perſuaſi, ut chirographa debitorum corrumpat: videlicet tenebor. Sed ſi conſuetudine peccandi poſtea & rationes, ceteraque ſimilia inſtrumenta ſubtraxerit, vel interleverit, deleverit: dicendum erit, corruptorem, horum nomine, non teneri* Scilicet, incivile eſt obligationem ad ea quæ facto immediate non cohærent, produci. Dicamus igitur hoc modo; Quiſque de damnis per inimicitias ſuas, non abſque ſuâ culpâ inchoatas, illatis, tenetur ad præſtationes negotio à ſe contracto comprehenſas: non ad reliquas inde vel remotas, vel non niſi mediate inde profectas. Ergo dominus prædii, ad damna prædiis ipſis, aut fructibus in eo ſatis illata, ab inimicis ejus propriis, non ſine culpâ ſuâ excitatis, hactenus tenetur ut actionem amittat. De aliis damnis hominibus aut bonis inquilini ſui datis, quorum præſtatio non continetur in obligatione Locationis-Conductionis, nullo modo videtur teneri. Conductor etiam ad reſtituendam rem conductam, commodatarius ad reſtitutionem rei commodatæ obligatus videtur, ſi per inimicos ipſius, quos ſuâ culpâ provocavit, aut non devitavit, ablatæ vel dependitæ ſint, eaque ſententia eſt Gaji in hac *l.* 66. *in pr.* ubi maritus ad reſtitutionem rerum dotalium, quas reſtituendas ſuſceperat, etſi ab inimicis ejus in ſeditione ſuâ culpâ motâ perditarum, teneri dicitur. Sed dominus fundi non tenetur de rebus invectis & illatis à colono. Fortean hoc modo Cenſuram non modo Eunomicam, ſed etiam Antinomicam evitabimus. De damnis per inimicitias ſine culpâ noſtra excitatas, illatis non tenemur *l.* 41. *h.t.* *l.* 19. *Commod.* Si culpa noſtra merito arguatur, tenemur inquam, ad præſtationes contractui à nobis initio proprias & naturales. Id quod contra Cenſuram facile tuebimur, eoque pertinet hoc, quod habuimus in *l.* 20. *ſuprà Comm. divid.* Cætera damna, quæ nonniſi, conſequenter & mediatè ad eum de quo agitur, contractum pertinent, non videntur inimicitiæ causâ nos obligare; nec hoc Legibus noſtris proditum videtur.

Gajus

Gajus Lib. x. ad Edict. Provinc.

Qui columnam tranſportandam conduxit, ſi ea dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta ſit, ita id periculum præſtat, ſi qua ipſius, eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit. Culpa autem abeſt, ſi omnia facta ſunt, quæ diligentiſſimus obſervaturus fuiſſet. Idem ſcilicet intelligimus, & ſi dolia, vel tignum tranſportandum aliquis conduxerit. Idemque etiam ad ceteras res transferri poteſt. L. 25. §. 7. Locati.

Juſtinianus Auguſtus.

Conductor autem omnia ſecundum legem conductionis facere debet: & ſi quid in lege prætermiſſum fuerit, id ex bono & æquo præſtare. Qui pro uſu aut veſtimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit, aut promiſit, ab eo cuſtodia talis deſideratur, qualem diligentiſſimus paterfamilias ſuis rebus adhibet. Quam ſi præſtiterit, & aliquo caſu fortuito eam rem amiſerit, de reſtituenda ea non tenebitur. §. pen. Inſt. d. Loc. Cond.

1. Nota eſt regula de præſtatione Culpæ, quam Æquitas ipſa Juri Civili inſpiravit, & extat in *l. 5. §. 2 Commodati.* ſecundum quam in Locatione Conductione, mediocrem culpam & diligentis officium patrisfamilias præſtandum eſſe, palam eſt. Niſi quod hic Cajus diligentiſſimi cujusque partes in locatione Conductione efflagitat. Quod loco Juris *in d. l 5. §. 2.* bene collocato, & Eunomiæ adverſum videtur. Plerique refutatis aliorum diſtinctionibus, in Accurſii interpretatione definunt, qui Cajum ſuperlative de re poſitivâ locutum exiſtimat: quam alii rurſus explodunt, ut quæ ipſa in Eunomicam accurationem impingat, quaſi jam tum Veteres in poſitionibus Artis hyperbolicas figuras pro locutionibus poſitivis Lectoribus obtruſiſſent. Antonius Faber Gajum hic de Artifice conductore, qui factum artis ſuæ adminiſtrandum ſuſceperit, interpretatur: hunc enim ut peritiam Artis profeſſum de leviſſimâ culpâ teneri *l. ſi quis dumum 9. vel ſi quis fundum §. Celſus 5. h. t.* Sed hæc reſponſio ſoli convenit Gajo; Juſtinianum relinqueret ſolitæ Fabri notæ: quaſi Tribonianus Veterum ſententias malè complexus, hac etiam parte perverſè conſuluerit. Quod enim Gajus de factis in *hoc* §. 7. id ipſum de rerum uſu prædicat Imperator in *d. §. pen.* Unde velis, nolis, in Accurſii reſponſione ſubſiſtendum videtur, minus exactè locutos eſſe Juris auctores in locis ſuprâ ſcriptis. Contentos fuiſſe, culpam à caſu fortuito ſeparare; ſicut ab hoc conductorem liberat, ita de culpâ in his locis non diſtinxerunt. Bene autem habet, quod hoc alibi neglectum non eſt, inprimis loco ejus rei communi, quo πραγματικῶς Culpæ præſtationes ſecundum ſpecies contractuum diſtinguuntur, in *d. l. 5. §. 2. ſuprâ, Commod.* Exemplum quod ſuperlativus aliquando poſitive collocatur, adſignare ſolemnus in *l. 6. Quod met. C.* ubi ſic eſt; *Metum autem non vani hominis, ſed qui merito & in homi-nem*

Digitized by Google

uem conſtantiſſimum cadat, ad hoc Edictum pertinere dicemus. Atqui ſufficit qualitas non vani hominis, ut conſtantiæ uſus poſitivæ ſalvus maneat: etſi exquiſita Catonis alicujus aut Herculis interrita Virtus metum paſſo non conveniat. Eodem pertinet locus Ciceronis *ad Atticum lib.* 12. *ep.* 21. ubi ſe à Bruto conqueritur, honoris cauſa *optimum* Conſulem eſſe nuncupatum; *Quis jejunius*, inquit, *dixit inimicus*? Intellexit igitur hoc verbum non ultra quam poſitive Cicero, ut nos hodie, *Nobiliſſimum, Doctiſſimum*; ac ita ab aliis acceptum iri putavit. Cum alioqui ſenſu vere ſuperlativo nihil honorificentius eſſe potuiſſet. Unde poſtea id honoris à Senatu habitum eſt Trajano, ut *optimus* Princeps ſalutaretur, quod tam magnifice Plinius æſtimat in *Panegir.* Quod ſi quis tamen in Accurſianâ reſponſione de ſuperlativo poſitivè accepto ad inreprehenſam exactitudinem deſideret, non eſt tamen, ut noſtri cenſura ſeculi in ſuperlativis ſine fine luxuriantis, hac parte ferenda videatur.

Marcellus Lib. VI. Digeſtor.

Cum apparebit, emptorem conductoremve pluribus vendentem, vel locantem, ſingulorum in ſolidum intuitum perſonam: ita demum ad præſtationem partis ſinguli ſunt compelledi, ſi conſtabit eſſe omnes ſolvendo. Quanquam fortaſſe juſtius ſit, etiam ſi ſolvendi omnes erunt, electionem conveniendi, quem velit, non auferendam actori, ſi actiones ſuas adverſus cæteros præſtare non recuſet. L. 47. Locati.

1. Primum in hac Lege quod oſtendit, eſt in verbis, *Emptorem, Conductoremve*, vendentem, locantem. Oportet Emptorem eſſe dictum pro venditore, conductorem pro Locatore, ut Accurſius obſervat, quod inſolens & rarum, vel inauditum potius. Nam quod *l.* 19. & 20. *d. Action. Empti* adducit Accurſius, nihil ad rem facit. Ibi ſcriptum eſt, Veteres Emptionem, Venditionem promiſcue uſurpaſſe, ut contractum illum aut Emptionem aut Venditionem: Item, Contractum Locationis, etiam Conductionis appellaverint. Inde non ſequi, illos Venditorem quoque dixiſſe Emptorem, & Locatorem accepiſſe pro Conductore, jam pridem animadvertimus; ſicut hujus καταχρήσεως, vel Confuſionis exempla nuſquam dantur. Antonius Faber, pro, Emptorem Conductoremve legit, *in emptione, conductioneve.* Vide, ne forte melius hæc verba *Emptorem conductoremve* penitus abſint, ut quæ in textum è gloſſa inepta irrepſerint: nec inconcinnius ita legas, *Cum apparebit, pluribus vendentem vel locantem ſingulorum in ſolidum perſonam.* Sed nihil contendimus è Criſi hactenus: Et ſi quis putet, Marcellum hos terminos, ἀνωμαλῶς miſcuiſſe, nec quaſi otioſum eſſet, *Venditorem Vendentem, Locatorem Locantem*, nihil admodum refragemur.

2. Argumentum rei plus habet difficultatis Eunomicæ. Quando duobus eadem res ſimul eſt locata vel commodata, ſinguli in ſolidum quaſi duo rei debendi tenentur *l.* 5. §. *ult. Commadati. Si duobus vehiculum commodatum ſit, vel locatum ſimul: Celſus filius ſcripſit libro ſexto digeſtorum, quæri poſſe, utrum unuſquiſque eorum in ſolidum, an pro parte teneatur. Et ait, duorum quidem in ſolidum,* do-

Digitized by Google

dominium, vel poſſeſſionem eſſe non poſſe, nec quemquam partis corporis dominum eſſe: ſed totius corporis pro indiviſo pro parte dominium habere. Uſum autem balinei quidem, vel porticus, vel campi unius cujuſque in ſolidum eſſe. Neque enim minus me uti, quod & alius uteretur. Verum in vehiculo commodato, vel locato, pro parte quidem effectu me uſum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam. Sed eſſe verius ait, & dolum & culpam, & diligentiam, & cuſtodiam in totum me præſtare debere. Quare duo quodammodo rei habebuntur. Et, ſi alter conventus præſtiterit, liberavit alterum, & ambobus competit furti actio. Hæc autem res minus habet dubii in hac lege, ubi diſerte Venditor & locator ſingulorum in ſolidum fidem ſequuti eſſe dicuntur, & ex ratoine juris electionem habent conveniendi quem velint in ſolidum: Niſi diviſa Locatio Conductio, & pro partibus in ſingulis facta fuerit *l.* 13. *C. Locati* quibus addenda *Lex* 9. *d. duob. reis.* Tales autem correi non habent beneficium diviſionis, utique non tempore Marcelli & jure Pandectarum, quod ſolis Fidejuſſoribus, & Mandatoribus, ex epiſtola divi Hadrani, competebat, *l. ult. C. de Conſt. pec. l.* 26. *l.* 51. *d. Fidejuſſ.* Duobus autem reis nequaqum *l.* 11. *in pr. d. duob. reis.* Quid igitur Marcellus in hoc loco ſibi vult his verbis; *Cum apparebit, pluribus vendentem vel locantem ſingulorum in ſolidum intuitum perſonam, ita demum ad præſtationem partis ſinguli ſunt compellandi, ſi conſtabit eſſe omnes ſolvendo?* Antonius Faber, cum pluribus verbiis demonſtraſſet, Marcelli tempore non fuiſſe creditorem obligatum correos in partes convenire, ignoto tum beneficio diviſionis hoc reſpectu, ſubjungit: *Eſt ergo Lex hæc tota, ni fallor, non tam Marcello adſcribenda, quàm Triboniano, jam tum meditanti jus illud novum, quod poſtea induxit, viamque, ut conjicio, ſtruenti & præparanti ad Novellam Juſtiniani Conſtitutionem 99. de duobus reis. Nam præter id, quod familiare fuit Triboniano, de omnibus dubitare, aut ſaltem ita dubitanter loqui, ut dubitare ipſe videretur, etiam de aperto jure & certiſſimo, conveniens erat, aliquem ex antiquioribus & majoris nominis prudentibus nobis obtruderet, qui de hoc dubitaſſet, quod Juſtinianus erat correcturus, ut minus nova minuſque abſurda juris correctio cenſeretur.*

3. Quominus hanc criſin emblematicam admittere poſſimus, hæ faciunt rationes: Ergone jam Tribonianus cum ſociis Digeſtoribus, non modo textus Pandectarum flexerunt ad novas Conſtitutiones jam editas, ſed etiam ad tales, quæ non tam ſub incude, quam in cerebro conceptæ erant, & quas editum iri, per rerum humanarum incertudinum nullo medo ſcire poterant, quæque nonniſi extremo Juſtiniani tempore ſunt editæ, nec in unum librum, ut de Novellis conſtat, unquam ab illo collatæ fuerunt, idque per modum vaticinii in Pandectis, primo Juſtiniani Imperatoris, qui per annos amplius 40. præfuit, tempore publicatis, inſeruerit? Quid enormius, quid Viris Prudentibus, aut non inſanis, quales Juris conditores habere ſaltem liceat, indignius? Quid denique magis ridiculum, coætaneis hominibus iiſque juris peritis Marcelli libros tunc habentibus quam legem in Pandectis recens editis, à Marcello ſcriptum eſſe, quod non modo nunquam ab eo ſcriptum erat, ſed quod ejus tempore, quod etiam illo tempore, quo iam pandectæ legebantur, erat incognitum, inauditum? Si enim Conſtitutio Novella de beneficio ad duos reos producendo tum exſtitiſſet,

Nec adeo quicquam hic eſt, quod à Marcello dici non potuerit, aut quod arguat vaticinatoriam Triboniani Juriſprudentiam.

Paulus Lib. XXXII. ad Edictum.

Sicut aliud eſt vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor: ita pretium aliud, aliud merx. At in permutatione diſcerni non poteſt, uter emptor, vel uter venditor ſit: multumque differunt præſtationes. Emptor enim, niſi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito: venditori ſufficit ob evictionem ſe obligare, poſſeſſionem tradere, & purgari dolo malo. Itaque, ſi evicta res non ſit, nihil debet. In permutatione verò, ſi utramque pretium eſt, utriuſque rem fieri oportet, ſi merx, neutrius. Sed cum debeat & res, & pretium eſſe, non poteſt inveniri, quid eorum merx, & quid pretium ſit. Nec ratio patitur, ut una eademque res & veneat, & pretium ſit emptionis. Unde, ſi res, quam acceperim, vel dederim, poſtea evincatur: in factum dandam actionem, reſpondetur. Item emptio ac venditio, nuda conſentientium voluntate contrahitur. Permutatio autem ex re tradita initium obligationi præbet. Alioquin, ſi res nondum tradita ſit, nudo conſenſu conſtitui obligationem dicemus. Quod in his duntaxat receptum eſt, quæ nomen ſuum habent: ut in emptione, venditione, conductione, mandato. Ideoque Pedius ait, alienam rem dantem, nullam contrahere permutationem. Igitur, ex altera parte traditione facta, ſi alter rem nolit tradere, non in hoc agemus, ut intereſt noſtra, illam rem accepiſſe, de qua convenit: ſed ut res contrà nobis reddatur, condictioni locus eſt, quaſi re non ſecutâ L. 1. d. Permutatione.

1. Hæc lex tota *Magiſtralis* eſt, ait ex ſententia Doctorum, Faber, exponens differentias inter Emptionem & Venditionem & Permutationem: Quarum duæ vel tres requirunt explicationem Eunomicam. Prima, quod Permutatio opponitur Contractibus, *qui nomen ſuum habent*, & Contractibus innominatis accenſetur: Cum tamen hic Contractus *elegantiſſimum & ſignificantiſſimum* nomen habeat *Permutationis*, quo non minus ab aliis, quam Emptio Venditio & Locatio Conductio diſcernitur, ut ſe alias ex ſententia Præceptoris ſui *Johannis Antoni Manutii* docuiſſe fatetur Antonius Faber ad *h. l.* 1. & extat in *lib. 6. Conject. c. 9. Nunc vero*, addit: neque *pudet nos erraſſe cum tanto Doctore, neque piget mutare ſententiam in melius, & fateri id quod res eſt, permutationis contractum non habere nomen certum, eo, quod Permutationis nomen generale ſit, & conveniens omni negotio, quod in commercium cadit*, quod pluribus adſirmat quidem, ſed non probat: Wiſſembachius noſter *ad h. t. in pr.* adducit hos textus, *Legem ſi filia* 20. §. 3. *Famil. erciſc.* ubi liberi, diviſis à Teſtatore bonis, & diſtributo ære alieno, *quaſi permutationem certâ lege* feciſſe dicuntur. *Legem* 77. §. 18. *d. Legat* 2. ubi prorſus eodem ſenſu accipitur Permutatio. Additur Valer. Maximus in *lib.* 5. *c.* 6. ut *ſex milibus denarium ſingula vaſa permutarentur.* Addi poſſent alia. Lex. 10 *d. Pœn.* Qui *in metallum damnati ſunt, conditionem ſuam permutant*, aliaque figurate dicta. Quaſi non omnibus fere terminis Iris Legitimæ id accidat, ut vel populariter & latè, vel propriè & ſtrictè accipiantur

eſt ita, intellectu difficile eſt. Nam ſi non licet rem alienam cum alio commutare, non magis licet rem alienam vendere *l.* 1. *C. de Commun. rer. alien.* Si domino rei, permutatione ab alio factâ non præjudicatur, quominus rem evincat *d. l.* 1. Venditio rei alienæ nihilo plus creat præjudicii domino *d. l.* 28. *d. Contrah. Empt.* Quin imo ſicut Venditio rei alienæ pariens uſucapiendi facultatem, argumento eſt, valere Venditionem rei alienæ *t. tit. Pro Empt.* ſic etiam permutatio rei alienæ, dum præſtat uſucapiendi jus, eundem tituli valorem arguit & præfert *l.* 4. §. 17. *d. Uſurp. & uſucap.* Quid ſibi volunt igitur Pædius & Paulus, cum abruptâ negatione ſua, nullam eſſe permutationem, ubi quis rem alienam dederit? Duo ſunt, quæ huic poſitioni, cum oppoſitione Venditoris, locum aptum faciunt. Venditio perficitur ſolo conſenſu, quod id agitur, ut dominium rei certo pretio in alium transferatur, non quo ipſo actu dominium transfertur, *L. pen. d. Contrah. Empt. l.* 11. §. 2. *d. Action. Empt.* Per illam Conventionem Emptio Venditio ſuam habet perfectionem: & actio Empti venditi ultro citroque inde naſcitur, ad rem tradendam & evictionem præſtandam ab unâ, pretiumque ſolvendum ab alterâ parte, ſine ullâ reſtrictione, ſi res non evincatur, *hac l.* 1. verbis; *Itaque, ſi evicta res non ſit, nihil debet.* Hoc jam utrumque, ſecus in permutatione ſe habet; Hæc enim non conſenſu, verum *ex re traditâ initium obligationi præbet*, ut Paulus *hic* ait: Et cum res hic pretii loco ſit, pretium autem Emptor quoque venditoris facere debeat *d. l.* 11. §. 2. *d. Contrah. empt.* idem de Re permutationis causâ traditâ juris eſt: ut non videatur eſſe permutatio, ſi quis rem alienam dederit, ut alia ſibi daretur. Huic convenit αἰτία altera. Qui rem alienam dedit, non habet actionem ex permutatione dari ſolitam, quæ eſt præſcriptis verbis, ad hoc, ut ſibi viciſſim res detur, aut id quod intereſt præſtetur, *h. l.* 1. *in fin.* ubi hoc ſolum ei permittitur, ut rem alienam à ſe datam repetere poſſit. Hæc ſatis cauſæ, quo dici poſſet, Alienæ rei nullam eſſe permutationem, ſuppeditare videntur, à parte videlicet dantis. Nam quominus qui accipit rem alienam, & dedit ſuam, agere poſſit in id quod intereſt, ac Permutationem impleviſſe videatur, nihil obſtat *l.* 1. §. 1. Unde nec dubii quicquam, ſi rem alienam ſibi ab altero datam, legitimo tempore poſſedit, quin jure eam uſucapiat *d. l.* 4. § 17. Denique, Domino, cujus ab alio res in permutationem data eſt, nihilo plus in hac ſpecie, quam in Emptione Venditione præjudicari, palam eſt, nec habet ullam ἀντινομίαν difficultatis. Ita ſatisfactum ſuprà motis difficultatibus.

4. Unum adhuc eſt in verbis Pauli, quod in fundamenta Juris & Eunomiam impingere videtur. Ait Paulus, hic, Permutationem ex re tradita initium capere, nec prius quam res tradita ſit obligationem naſci; Alioqui ſi quis re nondum traditâ, Permutationem contrahi dicat, eum confundere contractus nominatos cum Innominatis §. 2. *h. l.* Quid ergo de Contractibus, qui Re contrahuntur, Nominatis? An non horum metuenda Confuſio cum Innominatis, qui nonniſi à re traditâ initium obligationis accipiunt, ut diſcimus è *tot. tit. Inſt. de Obligat. quæ re Contrah.*? Imo, cum Permutatio non careat nomine ſuo, ut antea demonſtravimus, & à re traditâ incipiat, juſtior eſt metus, ut Permutatio ſatis à Contractibus nominatis, qui Re, id eſt, rei Traditione conſti-

tuuntur, diſtingui poſſit. Ad hanc difficultatem ita habendum: Non ait Pa lus, Nominatos contractus in hoc ab Innominatis differre, quod illi è Re tr ditâ obligationem inchoare non poſſint; verum quod Innominati à ſolo con ſe ſu, obligationis initium capere nequeant; quod ſine dubio verum eſt, quia no niſi è datione vel è facto incipit obligatio Contractuum innominatorum. Se hoc eſſe commune quibuſdam Nominatis & Innominatis Contractibus, quo initium habent à rei traditione, non negat Paulus, neque id Omnino attingit Eſt tamen hoc quæſitu dignum, quid impediat, Permutationem ad contractu nominatos Reales, qui à Re traditâ initium obligationis accipiunt, referri cum & nomen ſecum habeat & Re perficiatur? Videamus, an hoc modo ſufficiat. Cauſa, quæ contractus Innominatos ſecreverit à reliquis, & tam lubricam illis dedit naturam, ut pœnitentiam reciperent, ac condictionem revocatoriam, eſt uſus illorum infrequens & extraordinarius; Hæc autem ratio convenit æquè Permutationi, id eſt, τῷ Do, ut des, quàm reliquis Innominatorum ſpeciebus. Accedit hoc diſcrimen, quod Contractus Reales ſe referunt ad idem ingenere vel in ſpecie reddendum. Permutatio ad aliud diverſum.

Paulus Lib. v. Quæſtion.

At cum do, ut facias: ſi tale ſit factum, quod locari ſolet, puta ut tabulam pingas: pecunia data, locatio erit: ſicut ſuperiore caſu emptio. Si res: non locatio: ſed naſcetur vel civilis actio in hoc, quod mea intereſt, vel ad repetendum condictio. Quod ſi tale eſt factum, quod locari non poſſit, puta ut ſervum manumitas: ſive certum tempus adjectum eſt, intra quod manumittatur; idque, cum potuiſſet manumitti, vivo ſervo tranſierit, ſive finitum non fuit, & tantum temporis conſumptum ſit, ut potuerit, debueritque manumitti: condici ei poteſt, vel præſcriptis verbis agi. Quod his, quæ diximus, convenit. Sed ſi dedi tibi ſervum, ut ſervum tuum manumitteres; & manumiſiſti; & is, quem dedi evictus eſt: ſi ſciens dedi, de dolo in me dandam actionem Julianus ſcribit: ſi ignorans, in factum civilem. Quod ſi faciam, ut des; &, poſtquam feci, ceſſas dare: nulla erit civilis actio: & ideo de dolo dabitur. L. 5. §. 2. & 3. Præſcript. Verb.

Duplicis argumento cenſuræ prægnans, eſt hic locus. Primo exinde, quod E Contractu do ut facias, ſi res non cadat in ſpeciem Locationis conductionis, datur actio Præſcriptis verbis quæ in factum civilis, hic & alias *dicitur*, *adverſus ignorantem, in verſu. Sed ſi dedi tibi &c.* Niſi dolus ſit commiſſus, quo caſu de dolo detur actio. Nam quod ad cæteros bonæ fidei attinet, Juliani ſententia non fuit hæc, quod ex hujuſmodi ſpecie; dedi tibi ſervum, ut tuum ſervum manumitteres, actio civilis in factum detur adverſus ignorantem; ſed ille voluit, in factum Prætoriam eſſe dandam, quo nomine reprehenſus eſt à Mauriciano in *l. 7. §. 2. d. Pactis* cujus ſententia contra Julianum obtinuit Et tamen hoc loco ipſi Juliano iſta ſententia, quod in factum civilis actio competat, adſcribitur. Sed

Tri-

Digitized by Google

Tribonianus, ait Wiſſembachius *Embl. hic* ex notâ Mauriciani adglutinavit ad *d. l.* 5 §. 2. vocem hanc, *Civilem*, ut ſtatuunt Cujacius & Duarenus ad *l.* 7. Hotom *in diſp. de præſcr. verb. c.* 2. *n.* 17. Govean 2. *var. lect.* 27. Weſembec. in parat. de Pact. n. 9. Pac. 1. *antin.* 87. Verum Antonius Faber, quaſi hoc ἔμβλημα pro Triboniani ingenio, nimis eſſet ingenioſum, ab alio putat huic *l.* 5. §. 2. adjectam illam voculam *civilem*. Nos ut emblematicam Triboniani potius, quam alterius incerti manum, non infitiamur eſſe veriſimilem, ita cenſuram hoc nomine mereri Tribonianum non putamus, quod hæc vocula adjecta Lectori dederit convenientem Juris rationi doctrinam, ex illo Contractu eſſe præſcriptis verbis actionem. Qui enim novit, præceptum Juſtiniani fuiſſe, ut Pandectæ ſcriberentur ἐκ τῆς αὐτῶν γνώμης, ex ipſius ſententia, & nomina veterum Juris Auctorum ſingulis locis, noniſi dicis gratia eſſe adjecta, non poteſt ægrè ferre, quod ſub titulo Juliani ſententia, quæ obtinuit, expreſſa legatur. Sed eſt alia in hunc locum ſtrictura; quod in eo ſcriptum eſt, adverſus ſcientem de dolo dandam actionem. Quid ni etiam civilis in factum adverſus eum detur, ut dandam eſſe non dubitant ſuprà laudati Scriptores, & ex eorum ſententia Gotofred. *ad h. t. & §. 2. lit. e.* Nec enim melioris conditionis eſſe debet, qui dolo fecit, quam qui nihil dolo malo admiſit, ait Faber *ad h. l.* Quod eſt veriſſimum. Sed unde Faber probat, meliorem ſtatui conditionem ejus, qui dolo fecit; quam qui uſus eſt bona fide, in *hoc* §. 2. *verſ. Si ſciens dedi.* An ideo quod actione doli, non præſcriptis verbis convenitur? At hoc durius eſt, ni fallor ex merito malæ fidei. Sed aliâ utuntur, inſtantia, quam Faber his verbis complexus eſt: *Quod ſi contra me ſcientem civilis actio in factum, id eſt, præſcriptis verbis locum habere poteſt, quomodo locus eſſe poterit actioni de dolo, quam diximus nonniſi in ſubſidium, & alia qualibet deficiente, dandam eſſe.* Reſponſionem ad hanc objectionem dare conabimur inferius.

2. Sequitur altera Cenſuræ ſpecies ad ultima hujus loci verba; Quod ſi fecerim, ut des, ſi poſtquam ego feci tu dare ceſſas, nulla civilis actio, ſed de dolo dabitur, ut Paulus hic docet: Et ſimul crucem omnibus figit Interpretibus, quæ ſit hujus rei ratio ambigentibus, cum in omnibus innominatis contractibus, qualis utique eſt etiam; Facio ut des, civile negotium vertatur. Quod in eâdem ſpecie diſerte quoque *ſcribit* Ulpianus in *l.* 15. *h. t.* negans eſſe nudum pactum, ſed cauſam habere conventionem Facio ut Des. Ex quo loco rotunde refellitur ratio Antonii Fabri *hic*, quaſi in Facio ut Des, nullum civile negotium vertatur. Qui *facit*, ait, *nihil in alium transfert, licet fieri poſſit, ut de ſuo aliquid perdat; puta, ſi factum tale ſit quod impenſam vel jacturam aliquam adnexam habeat. At cum ex parte illius, qui dare debet, ac cui alius fecit, nihil accipiatur, propter quod videri poſſit ſe obligare, conſequens omnino eſt, ut nulla civilis actio naſci ex illo negotio poſſit, contra eum, qui poſtquam alius fecit, ceſſat dare, nec proinde aliud ſuperſit remedium, quam ut ei, qui fecit, danda ſit actio de dolo.* Verba ſine valore ſenſus & veritatis. Cum enim è Facio ut Facias oriatur actio civilis & Præſcriptis verbis *h. l.* 5. §. 4. ibique è faciendo civile negotium & συνάλλαγμα ad agendum efficax oriatur, quid ni cum faciendi ratio utrobique ſit eadem, è Facio ut des, idem effectus naſci queat & dari debeat? Quin ut plane, quam ſit de nihilo Faber, conſtet, Pone ſis aliquot caſus ꝑ Facio, ut des;

des; Indico ſervum fugitivum, aut furem. ut mihi des decem, quæ eſt ſpecies *d. l. 15*. Polio veſtimenta tua, ut tantum mihi des, quantum inter nos deinde convenerit, & polivi *l. 22. h. t.* Diſcedo à lite, ut mihi des partem bonorum *l. 6. C. de Tranſact.* Quis in ejusmodi conventionibus factiſque ab una parte impletis, neget eſſe civile negotium, neget in eum, cujus veſtimenta polivi, ſervum furemve indicavi, in cujus gratiam à lite deſtiti, aliquid à me proficiſci, ut naturaliter ac civiliter ille viciſſim ad dandum obligetur? Nullius igitur momenti hæc ratio eſt. Plerique miſſa Eunomiæ conſideratione toti in hoc ſunt, ut Antinomiam concilient, quorum varios conatus & circuitus referre quid juvat? Commemoratis pluribus, omnibuſque refutatis diſtinctionibus, relato etiam Cyni dicto; *Deus ſcit*, ajebat ille, *quot in hoc articulo ſint ignorantes*, ita concludit D. Wiſſembachius *ad h. t. th. ult. A deſperatis abſtinenda medicina!* Damnat igitur Juſtinianum ἀντινομίας, κακονομίας Paulum; nec dubitat, quin relicto ſibi Paulo, ſequi oporteat Ulpianum in *l. 15.* Cajum, in *l. 22.* Alexandrum in *l. 6.* Nam & in Antinomiis habemus quod ſequamur; Eam partem, quæ crebrioribus calculis & ratione meliori ſe commendat. Nec proinde hæſitabimus, quin etiam è Facio ut Des Præſcriptis Verbis actionem demus. Ita Wiſſembachius, & quos ille laudat ac ſequitur, nec de Antinomiâ *d. l. 5 §. 3. & l. 15. h. t.* dubitat Thomaſius; etiam exinde, quod Paulus & Ulpianus æmuli plerumque diſcrepaverint, in *poſit. noſtras ad h. tit.* ubi tamen conati ſumus in *Prælect.* aliquid ad conciliationem antinomicam.

3. Videamus, an hoc jam paulo preſſius illuſtrari poſſit, inprimis, an nihil ad Eunomicam rationem ſe prodat. Ulpianus in *d. l. 15.* cum dixiſſet, hujusmodi Conventionem, Facio ut Des, in ſe habere negotium aliquod ideoque naſci inde civilem, id eſt, Præſcriptis verbis actionem, ſubjicit hæc verba: *Niſi quis in hac ſpecie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur.* Cujacius *comment ad l. 7. §. 2. d. Pact.* & Faber *ad d. l. 15. h. t.* ſequuti Johannem antiquum gloſſatorem, cenſent, Ulpianum his ultimis dictis corrigere priorem ſententiam, de danda actione Præſcriptis verbis, atque ita concludere nullam è Facio ut des Civilem, ſive Præſcriptis verbis actionem oriri; ſed unicum à doli actione eſſe remedium. At Wiſſembachius noſter *in d. th. ult.* Hoc, inquit, ex ipſâ lege refellitur: Nam Ulpianus iſto verſiculo, *Etſi An de dolo actio danda videatur, ſi dolus arguatur*, ἐφεκτικῶς eſſe mavult, quam ſimpliciter θετικῶς. Ita Wiſſembachius. Magis eſt, ut nec nihil, nec omnia corrigat quæ dixit Ulpianus; Nam quod verba ſunt ἐφεκτικὰ, non poteſt ſtyli & modeſtiæ veterum gnaro eſſe novum, quin etiam ſerio ita quod loquuntur, ſentiant. Emendare voluit equidem, ſed quantum præ ſe tulit Ulpianus; ſi dolus argueretur, eſſe doli actionem; alioqui Præſcriptis verbis agendum. Quod igitur prius ſimpliciter adfirmaverat, agendum eſſe Præſcriptis verbis, in ultimis verbis diſtinguit; Aut dolo is qui dare debet, ceſſat dare, vel ſine dolo. Si prius, Actio de dolo competit; ſi poſterius, manet actio Civilis & Præſcriptis verbis. Conferamus jam locum Pauli, *in h. l. 5. §. 2. & 3* Utrumex Do, ut Facias, actio Civilis oriatur, diſtinxit in hoc verſu, *ſed ſi dedi tibi ſervum;*

Aut

Aut dolo ſum uſus in dando, aut ſine dolo dedi rem alienam; ſi prius, actio de dolo competit; ſi poſterius, civilis, id eſt, Præſcriptis verbis. Subiungit Paulus; *Quod ſi faciam ut des, & poſtea quam feci, ceſſat dare, nulla erit civilis actio, & ideo de dolo dabitur.* Non videtur hic admittere diſtinctionem, utrum dolus intervenerit, vel non. Quid ita? loquatur Antonius Faber hactenus pro nobis, *ad h.* §. 3 *Si poſt ea quam alius fecit, alter ceſſat dare, nullum aliud ſupereſt remedium, quàm ut ei, qui fecit, danda ſit actio de dolo;* CUM NEGARI NON POSSIT, QUIN DOLO FACIAT IS, QUI CESSAT DARE, CUM ALIUS EX PARTE SUA IMPLEVIT. Sic igitur diſſerit Paulus. Qui dedit, ſed dedit mihi rem alienam, is hoc vel ſciens & dolo, vel ignorans & ſine dolo feciſſe poteſt. Sed qui plane dare non vult, cum alter implevit quod dictum erat, non poteſt non feciſſe dolo: Nec proinde ibi diſtinctio prior uſu venit, ſed actio de dolo ſemper habet locum.

4. Sed hic una ſuboritur objectio, cujus & *ſuprà* meminimus, inſigniter difficilis. Non datur actio de dolo, cum alia civilis actio parata eſt *l.* 4. *d. dol. mal.* Cur igitur in ſpecie facti, quæ civilem actionem parit, actio de dolo ceſſare facit actionem civilem; cum potius hæc de dolo actionem excludere deberet? *Dici certe non poteſt*, ait Faber, *quantum hic ſe torqueant & antiquiores & recentiores Interpretes, adeò ut putet Caſtrenſis, nec ſi Paulus ipſe reviviſceret, futurum tamen, ut nodum hunc poſſet diſſolvere.* Ipſe nullum aliud reſpondendi medium invenit, quam, in verſu *ſi ſciens dedi*; ubi de do ut facias tantum Juliani ſententiam referri à Paulo, quam ut erroneam Mauricianus reprehenderit in *d. l.* 7. §. 2. *d. Pact.* Quæ reſponſio nihil ad ſolutionem adfert. Paulus enim illic ita ſcribit ex Juliani ſententiâ, ut facere ſolent, aliorum laudantes ſententias Juriſconſulti eaſque probantes. Dein Mauriciani cenſura in Julianum, quæ eſt in *d. l.* 7. §. 2. *d. Pactis.* non attingit hunc caſum, ſi dolus ejus qui dedit, intervenerit: Ideoque nihil ad hunc articulum pertinet. Denique, Paulus ipſe diſerte in ultimis verbis, de quibus nunc agimus, ubi de Facio ut des loquitur, abſolute, & ſine ullo ad Julianum reſpectu, adfirmat, ex Facio ut des nullam dari civilem actionem, idcoque de dolo eſſe dandam, quod cum ex certiſſimâ negotii naturâ generali ſecus ſe habeat, eadem & hic manet difficultas. Mihi ſic videtur eſſe reſpondendum: Illa regula; Doli actio non habet locum, ubi civilis actio competit, hanc patitur exceptionem: *Si dubitetur, an civilis ſit l.* 7 §. 3. *d. t.* quemadmodum in hac ſpecie dubitari & dubitatum fuiſſe, palam eſt ob oculos. Ceſſat actio doli, cum alia competit ordinaria civilis aut honoraria *d. l.* 1. §. 4. Sed extraordinaria vaga & incerta, qualis eſt præſcriptis verbis actio, non expellit actionem doli. Potius, ubi dolus eſt certus, hæc incerta & extraordinaria ceſſat actio, ut de dolo agatur indubitato. Atque in hac ſententia, Paulum & Julianum fuiſſe tam palam eſt è verbis hujus textus, ut nihil poſſit eſſe manifeſtius; Ratio autem quam dedimus, ejusmodi eſſe videtur, ut propterea vel Pauli ſententiam eludi, aut verba textus lacerari, nihil opus eſſe videatur. Omnia denique in eo deſinunt, ut Eunomia diſtinctionem recipiat; Aut in Facio ut des, poſteaquam feci, alter dedit, ſed male, verbi gratia, rem alienam: aut plane non dedit. Si prius, diſtinguit iterum Eunomia; Vel dedit rem alienam ſciens & dolo, vel ignorans & bonâ fide.

Digitized by Google

Si hoc, eſt actio civilis & præſcriptis verbis. Si prius, erit actio de dolo, ceſſante tum præſcriptis verbis actione. Denique, ſi plane non dedit, cum dolus in re ipsa, nec niſi dolus eſſe poſſit, abſolute dicendum eſt, actione præſcriptis verbis ceſſante, de dolo eſſe agendum. Ita exiſtimo, ſublatam eſſe Antinomiam ſatisfactum eſſe Eunomiæ, niſi quid me fallit etiamnum: Quemadmodum hanc rem minus plene dedimus expoſitam in *Prælect. ad h. Tit. n. 5.* Ubi dictis hæc addi velim à lectore benevolo, qui primas cogitationes è curis ſecundis ſupplere non gravabitur: quod eruditiſſimo cuique & ipſis legum conditoribus, ſine fraude uſurpatum, heus mei Cenſores! mihi non permittunt.

5. Sic etiam tranſiit Tertia pars Eunomiæ, & terminum in hujus anni principio mihi propoſitum, Deo ſic volente, faciente, non illibenter nec indiligenter adſecuti ſumus, inde ab initio Libri VI. uſque ad Vigeſimum Pandectarum, habitis ad XIV. libros novem menſium ſpatio Exercitationibus novem ſuprà viginti publicis. Trigeſimâ, quæ partis quartæ ingreſſum apertura fuerat, morte florentiſſimi juvenis, qui Defenſionem ſuſceperat, abrupta. Quæ res autem mihi vellit, duodeſexageſimum implenti annum (quam ætatem meorum nemo Præceptorum attigit) quàm vana Spes foret, ſi hunc laborem Eunomicum ad finem Inſtitutionum & Pandectarum, nedum ad omnes Juſtiniani libros, abſolutum iri confiderem. Hoc tamen agemus, ſi Deus ſanam mentem in corpore ſano dederit, ut operam Arti, quam profitemur, honeſtiſſimam mihique jucundiſſimam, modo Juventus in eâdem alacritate frequentiaque durent, continuemus, eo conſilio, quod Pomponius in *l. 20. d. Fideicom. libert.* profitetur: Ego, inquit, diſcendi cupiditate, quam ſolam Vivendi rationem optimam in octavum & ſeptuageſimum annum ætatis duxi: memor ſum ejus ſententiæ, qui dixiſſe fertur. Κἂν τὸν ἕτερον πόδα ἐν τῇ σορῷ ἔχω, προσμαθεῖν τι βουλοίμην. *Etſi alterum pedem in ſepulchro haberem, non pigeret aliquid addiſcere.* Nec unquam meliorem, hac præſente, diſcendi palæſtram nobis oblatam eſſe recordor.

EUNO.

Digitized by Google

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM XX.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

DEceſſit nobis ingens Auctor argumenti Cenſorii, in opere vaſto, *Antonius Faber*, qui ultra Librum XIX. Pandectarum *Rationalia* ſua, in quibus crebro ad Cenſuram Juris Juſtinianæi digreditur, non perduxit. Qua re melior an deterior operis hujus conditio futura ſit, nondum conſtitui. Minus certe prolixi & minus obſcuri poſthac videmur eſſe futuri. Quid alii Cenſuræ Magiſtri ſuppeditent, quatenus nobis conſtat, videbimus: Etiam Fabro aliquando, ex aliis ejus operibus in ſcenam redituro. Det modo Deus O. M. corporis animique alacritatem, & ab inſultibus Quartanæ autumnalis liberationem tempeſtivam!

Ulpianus Lib. LXXII. ad Edict.

Obligatione generali rerum, quas quis habuit, habiturusve ſit, ea non continebuntur, quæ veriſimile eſt, quemquam ſpecialiter obligaturum non fuiſſe. Utputa ſupellex, item veſtis relinquenda eſt debitori. Et ex mancipiis quæ in eo uſu habebit, ut certum ſit, eum pignori daturum non fuiſſe. Proinde de miniſteriis ejus perquàm ei neceſſariis, vel quæ ad affectionem ejus pertineant. L. 6. d. Pignor. &c.

1. Eſt genus Cenſuræ, quo ſe pragmatici jactant, toto genere à Fabriano diverſum, qui certa Juris Romani capita ab uſu temporum remota, non jure *poſitivè* contrario, ſed quaſi ob rationis inopiam & experimentum utili-

tatis oppoſitæ repudiant, & nigro theta notant: à nobis minimè neglig dum, quia ſatis conſtat, hanc arbitrariam æquitatis Cenſuram, longe m mam Juriſprudentiæ ſtragem, uſu gentium, quæ Jus Civile recęperu intuliſſe, quam proinde ut ſalvâ veritatis teſſerâ, amoliamur, opera d da eſt enixè.

2. Autumnus *ad h. l. 6. Scientiam præſtare volo Juris & legum, qu utimur*, inquit, *E quibus non eſt hoc Ulpiani reſponſum.* Quippe *noſtris & a rum moribus generali rerum obligatione ſuppellex & id genus alia continent* addit Groenewegius, ex Mornacio, Paponio aliiſque. Ratio illis eſt in pron tu, quod nihil rationi magis ſit conſentaneum, quam ut ſub nomine ge ris omnes Species contineantur, quo nihil in Dialectica certius: In ci doctrinâ ſæpe fallit hæc regula, quia infinita ſingularia diverſas utilitatis tiones omni die forenſi experientiâ ſuppeditant; Proinde rationem diale cam Lex hac in re, inductione ſuâ facile adæquat, imò vincit: Hypoth verbis generalibus concepta referri non debet ad ea, de quibus debitor gitaſſe non videtur, eſt ipſum Rationis & æquitatis dictamen. Et quis e cogitaſſe dicet è verbis univerſalibus, de rebus, quas ſpecialiter obligatu non fuiſſe præſumitur? Ecquis præſumat, eum ſpecialiter pignori dare luiſſe res, quibus ægerrimè carere poteſt? Id ex ejuſmodi languidâ orat ne generali civilis ratio nullo modo colligi permittit: Οἱ καθόλου λόγοι κενότε dictum Ariſtotelis, & forenſis uſus inprimis eſt: *Generalia dicta minus effi cia* ſunt. Nec eſt quod hanc civilem rationem, dialecticâ generis de ſpec bus ſingulis prædicatione, ſubactam putemus. Nam quod de Galliæ mc bus Autumnus & Mornacius adſerunt, hanc Legem obſoleviſſe, diverſum Germanis aliiſque nationibus, ſecundum Jus civile, docent & firmant p dentiſſimi Scriptores, Berlichius, Pinellus, Carpzovius, Neguzantius, B hovius, Mozzius, Mattheſilanus, aliique laudati Brunnemanno *ad hanc* quos inter & Friſii ſunt apud Sandium *lib. 3. tit. 12. def 9.* qui etiam a pliant hanc poſitionem, ut, tametſi addita ſint obligationi generali hæc verl *nullis rebus exceptis*; tamen ea quæ neceſſarii uſus ſunt, ut ſuppellex, veſt libri hominis ſtudioſi, & ſimilia comprehenſa non videantur: Quia per h verba non definit eſſe generalis oratio, & illa formula *nullis rebus exceptis* partibus aut à Tabellionibus negligenter, è conſuetudine ſtyli, ſine ſpeciali a madverſione ſubjiciuntur ad exegeſin τῦ generalis. Hoc facit, quod aliqui in ſermonem univerſalem & generalem ſive indefinitum diſtinxerunt, quam rect improbat diviſionem Brunneman. ex Pinello, Neguzantio & aliis *ad h. l. in fin* Sed in hypothecâ tacita ceſſare definitionem hujus L. cum illa non pe deant è præſumpta voluntate debitoris, facile conceſſum, & à nobis obſervat eſt *in Prælect. ad Tit. ff. In quib. cauſ. pign. tac. à pr.*

Ulpi

Ulpianus Lib. LXXIII. ad Edict.

Si debitor res ſuas duobus ſimul pignori obligaverit, ita ut utrique in ſolidum obligatæ eſſent: ſinguli in ſolidum adverſus extraneos Serviana utentur. Inter ipſos autem, ſi quæſtio moveatur, poſſidentis meliorem eſſe condicionem. Dabitur enim poſſidenti hæc exceptio, Si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori eſſet. *Si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur: utilem actionem competere & inter ipſos, & adverſus extraneos: per quam dimidiam partis poſſeſſionem adprehendant ſinguli L.* 10. *d. Pignor. & Hypoth.*

1. Poſteriorem hujus Legis partem, vel potius mediam negat æquitati & moribus hodiernis eſſe conſentaneam Autumnus & Groenewegius: qui volunt inter creditores jure pares etſi id actum non ſit, expreſſe videlicet, hypothecam pariter eſſe dividendam. Groenewegius etiam ex ipſâ Juris Civilis ratione refellit hujus L. definitionem, quæ vult, quod poſſidentis melior ſit conditio, quando pignus utrique pariter in ſolidum eſt obligatum. Cum enim is, qui auctore Prætore poſſidet, cæteris Creditoribus non præferatur *L. Cum unus* 12. *d. Reb. auctor. jud. poſſid.* idem in eo, qui propriâ auctoritate poſſeſſionem nactus eſt, multo magis quis dixerit, *arg. l.* 13. *Quod met. c.* Hæc Groenewegius. Sed reſponſio eſt à Creditoribus chirographariis & perſonalibus, quales in *d. l.* 12. ad hypothecarios hac parte non valere conſequentiam. Hypotheca dat jus retentionis, quæ omnium facillime Creditori, licet non optimo jure hypothecario, datur *l.* 1. *in fin. pr. d. Pignor. & hypoth.* Præter quod in *l.* 12. nemo poſſedit, ſed qui non poſſidebat, decretum poſſidendi impetravit, quod omnibus ex æquo prodeſſe dicitur. Alioqui nihil eſt notius, quam in pari jure, quod hic traditur, potiorem eſſe poſſidentis cauſam: Et hoc eſſe jus poſſeſſionis, quod illa ſuo loco maneat, quamdiu alius jure potiori illam non evincit & avocat l. 9. §. 4. *in fin. d. Publ. in rem act. l.* 1. *C. Unde Vi.* Quid ni igitur, hodieque ſervetur, quod hoc loco traditur; ſi duobus idem jus pignoris acquiſitum ſit, eum qui poſſidet, alteri eſſe præferendum? Nec ea de re dubitat Brunnemannus *ad h. l.* & quos ille citat. Plane, quod Autumnus monet, decreto Senatus Pariſini prælatum eſſe in hac ſpecie illum, cujus libelli obligatorii Actis publicis erant inſerti, non derogat huic Legi, nec aliud obtinet in pluribus Europæ locis, ubi jus Prælationis non modo iis, qui tempore pares, ſed etiam qui poſteriores ſunt, acquiritur, ex inſinuatione in Acta publica, ut nominatim conſtitutum eſt Jure Friſico *lib.* 1. *tit.* 10. Cæterum, quod Antonius Faber fieri poſſe negat, ut eadem res duobus in ſolidum pignori obligata ſit, ideoque & hunc §. à Triboniano vult eſſe corruptum *Decad.* 1. *c.* 9. refellitur è Bachovio *lib.* 3. *De pignor. c.* 3. *in pr.* & videbimus *ad l.* 16. §. 8. *h. t.*

Marcian. Lib. ſingul. ad formulam Hypothecar.

Si ἀντίχρησις; i. e. mutuus pignoris uſus pro credito, *facta ſit; & in fundu aut in ædes aliquis inducatur: eouſque retinet poſſeſſionem pignoris loco, donec i pecunia ſolvatur. Cum in uſuras fructus percipiat, aut locando, aut ipſe percipiena habitandoque. Itaque, ſi amiſerit poſſeſſionem, ſolet in factum actione uti. Lex* 1 *§. 1. d. Pignor.*

1. Conventio, quâ Creditor fundum pignori traditum accipiens, uſuraru vice fructus percipit, jure Canonico damnatur & injuſtitiæ arguitur. Ideoq debito, id eſt, ſorte ſolutâ, fundum reddere jubetur Creditor *c.* 1. *c.* 8. *uſur.* Nec mirum, quia nec ipſa uſura Jure Canonum toleratur. Sed eſt ar plius in Antichreſi, quam in Uſura ſimplici; quia Creditor antichreſticus etia pignori incumbit, juxtaque plenam ſecuritatem uſurario lucro potitur; qu ſolent facere Trapezitæ, quos vulgo *Lombardos* odioſum genus appellant. Q rē fieri videtur, ut cum uſura & Pignore nihil ſit frequentius, Antichreſis men rariſſimi uſus ſit: Cujus rei notabile argumentum habemus, quod in n lâ lingua, præter Græcam, ejus nomen eſt receptum vel cognitum. Non L tina, non Germanica, Belgica, vel Gallica, opinor, aut neſcio qua nam al vernacule Antichreſis appellari poteſt, cum alioqui rebus in uſu medio verſa tibus nomina deeſſe non ſoleant. Verum enim vero ſi Uſura moderata Juſti non adverſatur, quemadmodum *ad Tit. de Uſuris*, probabitur, Cuſtodia & curitas injuſtitiam addere non poteſt. Etſi verum eſt, uſum hujus conventi nis eſſe rariorem, quia non facile homines adducuntur, ut poſſeſſione reru ſuarum immobilium, ſalvo dominio, careant: cum ſecuritati Creditoris ſc obligatione hypothecaria ſatisfieri poſſit. Si tamen fructuum perceptio non e cedat legitimum uſurarum modum, cur ejuſmodi pignus effectum habere n debeat, non tam ratio reddi poteſt, quam expeditum videtur, è tali hypot câ, dari actionem quaſi Servianam, ſive actionem Hypothecariam.

2. Quid ſibi vult igitur, quod *in fin. h. §.* 1. actio in factum ex Antichreſi, q eſt in perſonam actio, dari dicitur? Cujacius Azonem ſequutus *in lib.* 3. *Obſ* 35 *in fin.* Hypothecariam non excludi opinatur; quem refellit Bachovius, cu que rem nullo modo extricare notat, *in lib.* 3. *de Pignor. c.* 19. Atqui nec i quicquam ſuppeditat certi. Poſtquam enim dixit, hanc in factum actionem ri non contra tertium poſſeſſorem, ſed adverſus ipſum debitorem, ſubjicit; *hil tamen auſim affirmare.* Mihi ſic videbatur; Pignus & Antichreſin eſſe d res diſtinctas, & ex earum conjunctione naſci Pignus antichreſticum. Ex h hypothecariam actionem dari, non eſt ratio dubitandi. Sed in *hoc §.* 1. An chreſin ſolam Creditor accepiſſe proponitur, hoc eſt, Conventio, quâ co venit, ut Creditor uſurarum loco certi prædii fructus percipiat eſt celebra nihil amplius. De jure pignoris nihil eſt dictum, & tamen ſine ſpeciali de *P* nore conventione non conſtituitur expreſſum Pignus: Etſi, quando creditori P dium conceditur, ad fructus in vicem uſuræ inde percipiendos, ea res *loco*

ni

Digitized by Google

noris ſit. Verum ſine conventione de pignore non poteſt, inquam, actio hypothecaria naſci; Ideoque perſonalis in factum duntaxat non contra tertium, ſed adverſus debitorem, qui illam conventionem debito principali adjecit, datur. De Pignoris jure conſtituto nihil hic eſt proditum. Nam quod attinet ad verba, *mutuus pignoris uſus*, illa non ſunt Marciani, ſed interpretis, græcam vocem Ἀντίχρησις interpretantis: Quæ tamen nihil quam *mutuum uſum* denotant; ab *ἀντὶ vice*, & *χρήσις uſus*. Grotius Antichreſin vernaculè appellat Wederſtocht/ vocabulo à ſe excogitato *lib.* 3. *Introduct. Holl. c.* 8. Nos aliquanto clarius, niſi fallor, Pandtgenot *lib* 2. *Juriſpr. Hod. c.* 48. *n.* 6. Si Græca vox eſſet vertenda, diceretur, Tegengebruick/ quod non habet civilitatem.

Marcianus Lib. ſingul. ad form. Hypothec.

Si pluris condemnatus ſit debitor non reſtituendo pignus: quàm computatio ſortis, & uſurarum faciebat: an, ſi tantum ſolverit, quantum debebat, exoneretur hypotheca? quod ego, quantum quidem ad ſubtilitatem legis, & auctoritatem ſententiæ, non probo. Semel enim cauſa tranſire videtur ad condemnationem, & inde pecunia deberi. Sed humanius eſt, non amplius eum, quàm quod revera debet, dando hypothecam liberare. l. 16. *§.* 6. *d. Pignor. & Hypoth.*

1. Hunc locum à Triboniano corruptum eſſe, non dubitat Anton. Faber, quaſi additus eſſet integer verſiculus iſte; *ſed humanius eſt, non amplius eum, quàm quod reverà debet, dando hypothecam liberare.* Itemque interjectis illis verbis, *Quantum ad ſubtilitatem Legis & auctoritatem ſententiæ.* Non enim ſubtilitatem *Legis*, ut ſcriptum eſt ſed *Juris* aut *legum*, ſcripturum fuiſſe Marcianum neque contra tam apertas regulas reſponſurum, à quibus nec Interpretes ipſi ſe poſſint evolvere. Sic ille *lib.* 16. *Conject. cap.* 14. Primo, ſubtilitas illa Fabri, probantis hoc dictum, *de ſubtilitate legum*; vituperantis, quod *ſubtilitas legis* in numero unius dicatur, ſuperat ipſam Triboniani ſubtilitatem, quam ab ipſo commiſſam exiſtimat, cum nihil ſit uſitatius, quam ut ſingulare, quod late patet, collectivè loco pluralis accipiatur. Sed in re ipſâ plus eſt difficultatis. Poſſeſſor pignoris Creditori condemnatus eſt in amplius, quam illi debetur. Rem judicatam pro veritate haberi, nec illam infringi aut eludi, graviſſima Juris ratio & regula eſt *in l.* 19. *d. Stat. hom.* Hic autem humanius eſſe dicitur, poſſeſſorem non amplius, quàm quod reverâ debet, dando liberari. Quæ humanitas ita comparata eſt, ut Rempubl. ſubversâ auctoritate rerum judicatarum, labefactare poſſit. Supponit Faber, poſſeſſorem condemnatum hic à Martiano, an à Triboniano, penitus actione rei judicatæ liberari; Quod ad ſcopum ejus arguendumque Tribonianum qui ſpectet, parum animadverto. Nam ſi is qui condemnatus eſt, actione rei judicatæ penitus eximeretur, auctoritas rei judicatæ magis convelleretur aut, ego nihil intelligo. Mihi vero cur hoc aut illud abſciſſe dicendum ſit, etſi Interpretes invitos ad hoc fatendum cogi ſcribit Faber, non ſatis liquet. Videntur enim hæ res civilem recipere ſeparationem, ut Hypotheca liberetur, & actio rei judicatæ non peni-

penitus ceſſet, tam quod ad cauſam attinet, quam quoad effectum. Cauſa r juris quam pro debito condemnationis eſt contumacia poſſeſſoris & jusjurandi in litem §. 2. *h. t.* cujus ratio mere perſonalis, à jure pignoris in re coſiiti diſcrepat evidenter. Sed quoad effectum major eſt inſtantia Fabri, *Et verò q effectus eſſet ejus liberationis, quam Tribonianus inducit*, inquit, *invitâ jurisp identiâ, ſi liberatâ jam hypothecâ, nihilominus judicati obligatio & actio adhuc pereſſet?* Quid hoc eſt? Nonne ſatis magna differentia eſt, inter actionem in R atque in perſonam? Atqui actio rei judicatæ perſonalis, & hypothecaria in r eſt. Hypothecariam extingui ſoluto eo, quod debetur, ex intentione hu actionis, quæ eſt, ut poſſeſſor vel pecuniam ſolvat, vel rem pigneratam r tuat ex *hac l.* §. 3. omnibus conſtat. Proinde, ſi tum debitor rem alienet, t tius poſſeſſor amplius non tenetur, in rem actione, quippe ſoluto pignore reſtitutionem debiti. Sed ipſe vetus poſſeſſor in plus ob contumaciam conde natus, actione rei judicatæ perſonali adhuc tenetur; Quod cur fieri non poſ ex iis quæ diſputat Faber, nullo modo colligi non poteſt. Nec etiam cur, iſta coſa non ſint Martiani, vel totus hic §. ut deinde concludit Faber, à T boniano ſit confictus; figmentorum ipſe aliquanto audacior, quam is quem ties figmenti reum ſine juſtâ cauſa peragit. Denique, ſi omnes *æquitates & l manitates*, ut Faber inſtituit, atque etiam hic loquitur, Veteribus à Tribon no ſint injectæ, bene oportet hic adſeruerit Imperatori ſuo, τὴν quâ ſæpe g riatur φιλανθρωπίαν, *humanitatem:* modo injectiones illæ non ſint Arti Juris i micæ, quemadmodum hanc non eſſe demonſtravimus. Nam & maximæ è v teribus auctoritatis JurisConſulti habemus Juliani dictum, multa jure civili co tra ſubtilitatem, imo contra rationem diſputandi, pro utilitate communi rec ta eſſe, idque innumerabilibus rebus probari poſſe *l.* 51. *Ad Leg. Aquil.* que admodum exempla toto jure diffuſa ſunt. Adeo ut ſaluberrimi rem inſtituti probrare Triboniano ſit παρέργον & παράλογον, ac injurioſum non minus in qui excuſantur, quam qui accuſantur.

Marcianus Lib. ſingular. ad formul. Hypothecar.

Si duo pariter de hypotheca paciſcantur, in quantum quisque obligatam hypot cam habeat: utrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis, quæritur. magis eſt, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum. Sed uterque, ſi c poſſeſſore agat, quemadmodum, utrum de parte quiſque, an de toto, qu utrique in ſolidum res obligata ſit. Quod erit dicendum, ſi eodem die pign utrique datum eſt ſeparatim. Sed ſi ſimul illi & illi, ſi hoc actum eſt, uterque re in ſolidum aget: ſi minus, unusquisque pro parte. l. 16. §. 8. *d. Pignor. & H poth.*

1. Hunc etiam locum à Triboniano eſſe corruptum, & in juris rationes v rie impingentem traducit Anton. Faber *Decad.* 21. *c.* 9. Et primo quidem po eandem rem pluribus in ſolidum pignori obligari, quod hic eſt *in medio* §. illo negari, jam monuimus ad *l.* 10. *h. t.* Quod ne miremur, ab illo con clar

claros juris textus ſuſtineri, facit, quod ubique qui hanc poteſtatem arrogat, ut contra ſignatas legum ſententias, prætextu Tribonianeæ corruptionis (nam contra Veteres nihil audere ſe profitetur) ſerio ſuas rationes opponat. Quod etſi in ſcholis ac in foro, ubi Juſtinianæi corporis æquabilis valet auctoritas, meritò deſpuimus, ad hoc tamen inſtitutum directè pertinet ejusmodi rationum diſcuſſio. Videamus igitur, quid eum moveat ad tam gravem cenſuram. Primum ejus argumentum eſt, quod pignoris & dominii ſit eadem ratio. Dominium autem non poteſt eſſe duorum in ſolidum *l. 5 §. ult Commod.* Ergo nec pignus. Sed propoſitio negatur: Alia eſt ratio dominii, & alia pignoris. Dominium facit, ut res tota ſit in plena poteſtate liberâque diſpoſitione, quod non poteſt duobus adſcribi. Pignus eſt jus quidem in re, ſed defectivum minimeque plenum, quod Creditori quæſitum non prohibet dominum, eandem rem alii jure pignoris obligare. Secunda ejus ratio, quod jus pignoris deſinens in alienatione rei totius, à duobus nullo modo exerceri poſſit, eſt cavillatoria. Quis enim non videt, jus duorum in ſolidum non eſſe facultatem exercendi juris illius ſimul ab utroque in ſolidum; ſed eum qui prior è duobus occupat actionem hypothecariam, ſolidum jus pignoris exercere, quemadmodum fit in duobus reis, quos etiam pignoris causâ conſtitui poſſe, fatetur ipſe Faber.

2. Porro, an hic §. à Triboniano totus ſit confictus, quod Faber putat, vel pro parte, ut ipſe Bachovius arbitratur, non tam ad Eunomiam pertinet, quam, an bene ſe habeat, quod hic eſt collocatum. Etſi totum eſſe Triboniani, propter rationes ſæpe deductas, quibus non videri præſumendum integra loca Pandectarum, ubi nihil ad novi juris rationem eſſet inflectendum, fuiſſe ſubornata demonſtravimus; nulllo modo in animum inducere poſſumus. Quæ verba ſint adjecta; licet ex ſtylo facile colligi poſſe Bachovius adfirmet, mihi tamen loca plura non paulo magis detorta, quæ à nemine ſuppoſita arguuntur, oblata fuiſſe recordor; ſed videbimus. Caſus proponitur *in pr.* §. *Si duo pariter de hypothecâ paciſcantur. Pariter* ibi ſignificat, ſimul; una, eodem tempore, ut in illo Ciceronis, *Pariter cum vitâ ſenſus amittitur* 1. *Tuſcul* ne putemus τῷ pariter ſignificari modum eundem, non tempus idem, quod Faber captat; Nam quod Bartolus & ex eo Gotofredus *hic*, *pariter* eundem ſignificari diem duntaxat volunt, *inferius* examinabitur. Quæritur autem de duobus pariter hypothecam pactis, utrum pro partibus dimidiis, an pro quantitate debiti, jus in re pignoratâ habeant. Et reſpondetur, pro quantitate debiti: Faber; imo pro dimidiis, ut vult ratio Legum, quod Bachovius pene concedit, ex analogiâ juris; ſed negat eſſe diſputandum contra jus poſitivum. Ego duos pariter contrahentes, habere partes viriles, regulariter non nego; ſed regulæ ad rerum naturam, non res ad regulas ſunt exigendæ; nec fas eſt, ſurerſtitione præceptorum contra naturam cauſæ trahi, ut bene monuit Fabius. Hypotheca eſt acceſſio contractus alicujus principalis, ad quem ſe refert, & ad cujus quantitatem referre ſe videntur, qui ſimol, unâ, pariter hypothecam in ſecuritatem ſui cujusque debiti accipint. Quid eſt civilius, quam ut, ſi concurrant ad effectum ſecuritatis ejus, ſervent eandem proportionem, quam inde ab initio ſibi propoſuerunt? Opponit Fabor *l. 10. §. 1. d. Pign. act. Si pluribus res ſimul pignori detur*,

Digitized by Google

æqualis omnium cauſa eſt. Ratione temporis ſcilicet, quod alius alium non excludat, & æqualitate geometrica, pro quantitate debiti. Obſtat etiam *Lex* 10 *h. t. in fin.* ubi pars dimidia ſingulis, quibus in ſolidum res obligata fuit, adducitur. Sed ibi non habetur, diverſam fuiſſe proportionem debiti, cui pignus acceſſit: Et partes ſimpliciter commemoratæ, pares intelligendæ videntur: præter quod ibi expreſſum fuit, ut res ſingulis in ſolidum teneretur, cum in hac *l.* 16. §. 8. id expreſſum non ſit, verum tacite à partibus id actum videatur, ut pignus quod pariter ſunt pacti, ſingulorum debitis applicetur.

3. Sequitur in textu; *Sed uterque ſi cum poſſeſſore agat, quemadmodum? utrum de parte quiſque, an de toto, quaſi utrique in ſolidum res obligata ſit?* Quilibet, inquit Bachovius *in d. lib. 3. de Pign. c. 3. non obtuſæ plane naris agnoſcit hic ſtylum Triboniani* Credo, ſi Faber id dixiſſet, contemneret: Quæ ſit illa Triboneitas ſtyli, cum in re nihil arguat Bachovius, doleo, me non tam evidenter percipere, ut adſeverare debeam, quod non facile credendum putem, niſi cauſa cur id feciſſet Tribonianus, ob oculos ſit, ut Cujacius & Wiſſembachius noſter *in Emblematis Triboniani* demonſtrare ſolent. An conciſa interrogatio, qualis hic, in veteribus eſt inſolens? Imo & obvia paſſim. Magis ad Eunomiam pertinet, quod Faber ait, hanc quæſtionem eſſe otioſam & abſurdam. Sed ipſum Bachovius arguit ineptiæ, quod intelligat Quæſtionem, de hypothecaria, deturne contra debitorem, an contra tertium Poſſeſſorem. Nec minus idem reprehendit Salicetum, qui putavit quæri, pro quanta parte agendum ſit: Quod equidem à Bachovio notari miror. Eſt enim utique in ipſis verbis, *utrum de parte quiſque, an de toto*: Ut adeò quid ſibi velit hac notâ Bachovius, neſciam. Sunt aperte duæ quæſtiones *in hoc* §. Prima de concurſu duorum creditorum qui pariter hypothecam acceperunt, inter ſe: Ad quam reſponſum eſt: illos partiri jus pignoris, pro quantitate debiti. Altera quæſtio eſt, quomodo ſinguli Creditores agant adverſus tertium poſſeſſorem; Quo reſpectu, diſtinguitu. Aut uno die datum eſt pignus *ſeparatim*, aut, *ſimul illi & illi.* Si ſeparatim, ſinguli contra tertium poſſeſſorem agunt in ſolidum. Si vero *ſimul*, iterum diſtinguitur. Aut hoc actum, ſive expreſſum eſt, ut ſingulis in ſolidum res obligata ſit, aut non eſt expreſſum. Si prius, ſinguli rurſus in ſolidum agent adverſus tertium: ſi poſterius, agent pro partibus; quod ipſum eſt etiam *in l.* 10. *h. t.* Nec video quid hic ſit, quod adverſus cenſuras defendi non poſſit; tantum abeſt, ut manifeſtam Triboniani inſcitiam (Marciano enim parcitur) inde liquere Fabro concedendum ſit.

4 Ille ſupponit, in hoc loco, pignus, quod uno & eodem die, attamen ſeparatim duobus conſtitutum eſt, eodem tempore conſtitutum cenſeri, ac ideo illos concurrere, nec diſcerni per hanc regulam, *Qui prior eſt tempore prior eſt jure*, licet unus ante meridiem, alter veſperi de pignore convenerit. Quam eſſe Juris & hujus loci ſententiam, ſtatuit etiam Bartolus *ad h.* §. & Hotomannus *de Pignor c.* 4. & *in epit. h. n.* 2. & 12. Cujacius *de Præſcript. temp c.* 3. *in fin* & *ad Paul. in l.* 20. *d. Pign. act.* Faber etiam, ut diximus. & Anton. Matthæus *diſp.* 14. *de Judic. th.* 25. Quin etiam Harmenopulus in *lib.* 3. *Prompt. tit.* 5. *in pr*, ita hunc locum intellexit, his verbis; Ἐὰν δυσὶ τὸ αὐτὸ

πρᾶγμα

Digitized by Google

πρᾶγμα ἐν μιᾷ ἡμέρᾳ ὑποτεθῇ, αἱ ὧραι προλαμβάνουσαι καὶ ὑστερίζουσαι οὐ ποιοῦσι τινὰ αὐτῶν προτίμησιν, ἀλλὰ ὑπόκειται αὐτοῖς κατὰ ἀναλογίαν τοῦ χρέους. Si duobus una eádemque die res eadem pignori obligata ſuerit, horæ præcedentes aut ſubſequentes neutri illorum tribuunt prærogativam; Sed res illis tenetur ſecundum proportionem debiti. Si talis eſt ſententia hujus loci, fatemur, eam non poſſe cum Eunomiâ conciliari. Nam regula Juris notiſſima, de pignoribus; *Qui prior eſt tempore, potior eſt jure*, non tantum ad dierum, ſed etiam ad horarum diſcrimina ſpectare debet, eaque merito eſt obſervantia Fori: Cum horæ ſpatium ſit æquè tempus quam diei, & qui præcedit aliquem horâ, vel quadrante, tam ſit ante ſequentem, quam qui toto die antecedit. Apud nos Prælatio hypothecaria non tantum ex tempore contractus, ſed etiam contra tertium à tempore inſinuationis in Acta Publica colligitur; Quæ ſæpe poſt obitum vel ceſſionem è foro, cum feſtinato concurſu & impetu fit; nec dubitatur, quin etiam minutis & momentis prioritas temporis æſtimetur. Uſu venit hic Franekeræ, ut cum Vir quidam dives habitus, ſed multo clam ære alieno gravatus, fidei labem pateretur, & Creditores undique ad Inſinuationem curandam properarent, duo pariter in Curiam irrumperent. Unus prior inſtrumentum ſuum manu præferens Scribæ porrectum ibat: alter à tergo edita voce, offerre ſe obligationem ſuam in Lucium Titium actis inſinuandam proclamavit. Et pro hoc eſſe jus prioritatis exiſtimatum eſt, quod ex ſolo geſtu ſciri non poterat, qua gratiâ alter ſuum inſtrumentum præferret. Proinde quid abſurdius, ait Bachovius, quam ut concurrat in pignore, qui v. gr. ſub veſperam accepit pignus, cum eo, qui accepit ſub auroram? Regula de tempore nititur hac ratione, quod hypotheca ſit jus in re, imprimens ei characterem, incontinenti ſuum habentem effectum, qui dein alio charactare, ſive diu, ſeu brevi poſtea impreſſo deleri vel anteverti non poteſt.

5. Verum enim vero ex iis, quæ dixi ſponte jam liquet, non eſſe talem hujus loci ſententiam. De concurſu enim eorum, qui ſimul acceperunt hypothecam, & de partiendo ejus proventu actum eſt in *priore parte* §. dictumque, faciendam eſſe diviſionem pro quantitate debiti: Quod ſupponit, utrumque ratione temporis eſſe parem. Quæ ſequitur diſtinctio, non ad concurſum ſive jus Prælationis, ſed ad modum agendi pertinet. In quo tamen illud unicum minus commode ſitum eſt; quod cum in principio proponatur Quæſtio de his, qui *pariter* acceperunt hypothecam, hic ejuſdem dici ſit mentio. Ut tamen diſertè diſtinguatur inter duos, qui ſeparatim, & qui ſimul hypothecam pacti ſunt: Argumento certiſſimo, quod *uno die* non ſit idem cum *ſimul*, aut eodem tempore; ſed quod etiam pignus uno die ſeparatim à duobus accipi poſſit; quod ad hanc partem Cenſuræ amoliendam ſufficit. Quod caſus in reſponſo ad poſteriorem Quæſtionem paulo ſecus, quam in priore ſumitur, non eſt quidem ſummæ exactitudinis, at tamen efficere non poteſt, ut ſecundæ quæſtionis ſolutio rapiatur ad priorem. Accurſius bene vidit hanc veritatem, qui τὸ SI eodem die, interpretatus eſt per *quamvis*; Quod Bachovius arripiens ad emendationem provexit, ut pro *Si*, legatur, *etſi*; hoc ſenſu, quod duo ſeparatim accipientes pignus etſi eodem die, contra tertium poſſeſſorem ſinguli in ſolidum agere poſſint *d. lib. 3. de Pignor. c. 3.* Non repugno, quominus hac conjectura, quibus placet, utantur.

Marcianus Lib. ſingul. ad formul. Hypoth.

Poteſt ita fieri pignoris datio hypothecæve, ut, ſi intra certum tempus non ſit ſ luta pecunia, jure emptoris poſſideat rem juſto pretio tunc æſtimandam. Hoc eni caſu videtur quodammodo conditionalis eſſe venditio, & ita Divus Severus, & Antoninus reſcripſerunt. L. 19. §. ult. d. Pignor. & Hypoth.

I. Quod hic indicat Martianus, Pignoris Hypothecæve dationem ita factan ut ſi inter centum tempus non ſit ſoluta pecunia, res Creditoris ſit propria non alitra valere, *quam ſi juſto pretio tunc æſtimetur*, arguitur eſſe contra ver tatem hiſtoricam ejus temporis, quo ſcripſit Marcianus. Fuit enim apud Vet res in uſu Fiducia, quæ fuit Pignus, quod Creditori mancipabatur, aut in J re cedebatur, ea lege, ut ſoluta ad diem pecunia, remanciparetur, non ſolu Creditori pleno jure committeretur, id eſt, amitteretur Lege Commiſſoria, docet Cujacius, *ad lib. 2. ſent.* Pauli *tit.* 13. & ipſe Paulus *ibidem*. Non poter autem mancipatio vel in jure ceſſio fieri, ſub hac conditione, vel temporis a jectione, uti poſtea res æſtimaretur; Quia actus legitimi, quales ſunt manc patio & in Jure Ceſſio, conditionis vel temporis adjectione vitiantur *l.* 77. *R. J.* Dicat aliquis; In ipſa definitione Fiduciæ continetur utique conditi *Si ad diem pecunia ſolvatur, res remancipabitur; Si non ſolvatur, res pleno ju Creditori committetur:* quod eſt verum. Ac ideo dicendum, Actus Legi mos repudiare diem & conditionem, quibus actus ſuſpenditur, non quib ſtatim initur Actus & ſub conditione *reſolvitur*, ut eſt hæc reſolutiva cond tio, quod ad intellectum *d. l.* 77. velim obſervatum. Certum igitur eſt, ten pore Martiani Pignus aut Hypothecam ita potuiſſe dari, ut, ſi pecunia credi die dictâ non ſolveretur, res propria Creditoris eſſet, abſque novâ æſtimati ne tum facienda; cujus nulla mentio fit apud Paulum, nec alios Cujacio i laudatos. Unde igitur hæc adjectio, ſcilicet, *juſto pretio tunc æſtimandam* Scilicet, Conſtantinus Imperator *in l. ult. C. de Pact. pign.* vetuit, ita pignus a hypothecam dari, *ut, ſi ad diem pecunia non ſolvatur, res ſit propria Creditor* cujusmodi pactum *Lex Commiſſoria* dicitur. Cujus aſperitatem ita ſuo temp re creviſſe teſtatur Conſtantinus *in d. l. ult.* ut in poſterum omnem ejus mem riam aboleri voluerit. Quod ſi pactum illud ita temperetur, ut res non p credita pecunia ſimpliciter addicatur, ſed eo pretio, quod elapſo tempori definitum fuerit, boni Viri arbitratu, nihil acerbi eſt in tali Pacto; Nec pr inde videtur ambigendum, quin hæc verba, *juſto pretio tunc æſtimandam*, à Tr boniano, ex *d. l. ult.* adjecta fuerint, ut cenſet etiam Willembachius noſter *Emblem. ad h. Tit.* & ſuſpicatur Bachovius *in tract. de Pignor. lib.* 1. *c.* 15 *n.* 5. *fin.* Nec enim prohibitum fuit, debitorem vendere pignus Creditori ex po facto, ut probat *l.* 12. *l. Diſtract. pign. l.* 20. *§. ult. d. Pign. act. l.* 9 *Quib. mo Pign. ſolv. l.* 10. *verſ. ſive C. de Diſtract. pign.* Conceſſo igitur, hanc adjectione non convenire temporibus Marciani, de ratione tamen Eunomica non eſt quod laboremus. Fecit Tribonianus quod facere debuit, convenienter pr

cept

cepto Imperatoris ſui, ut jus vetus ad novi rationem flecteret & temperaret; ſine metu confuſionis, ſi modò quis novi juris gnarus, id actum in compoſitione Pandectarum meminiſſet, ut non tam è nominibus præſcriptis, quam ex ejus temporis hiſtoriâ Juris, excerpta Pandectarum acciperentur. Adde quæ dix. *in Prælect. ad h. t. n.* 1.

Ulpianus Lib. xv. ad Edictum.

Pignoris perſecutio in rem parit actionem Creditori l. 17. *d. Pign.*

1. Regula generalis conveniens æque Pignori propriè dicto quam Hypothecæ *l.* 5. §. 1, tàm mobilibus quam rebus ſoli, ut fundis & domibus, ſicut omni hoc Titulo pignus non modo de rebus immobilibus, ſed æquè vel magis etiam de mobilibus uſurpatur. Sed ab uſu Juris Romani vehementer abhorret hujus ſeculi judicium, quo nihil magis ad turbanda commercia & intricandas hominus actiones facere videtur, quam quod res mobiles aliis obligatæ per conventionem pigneratitiam vel hypothecariam, nonniſi cum onere ſuo alienentur, & à quolibet poſſeſſore per hypothecariam avocari poſſint. Satius viſum eſt uti hac regula, *Mobilia non habere ſequelam.*

Modeſtinus Lib. xxx. Regul.

Pignoris obligatio etiam inter abſentes rectè ex contractu obligatur. l. 23. §. 1. *d. Pignor. & Hypoth.*

1. Quid hoc eſt, *obligatio* pignoris *obligatur*? Antonius Faber vellem diceret, à Triboniano id eſſet an à Modeſtino. Et ſi ab hoc ſit, velim parcat innumerabilibus argumentis ab ineptia ſtyli, quibus toties arguit Triboniani manum, etſi multo quam hoc eſt, minus ineptis: Ne ſemper à veteribus nihil eleganrius proficiſci potuiſſe credamus. In re ipſa parum eſt difficultatis, etſi Gotofredus *in not. ad h. l.* nectat indiſſolubilem nodum ex *l.* 11. §. *pen. d. Pign. act.* quem facile ſolvat, qui cum tralatitio jure, quod alii per alium obligatio non acquiratur, contulerit ea, quæ Bachovius *in lib.* 1. *de Pignor. c.* 3. collocavit.

Modeſtiuus Lib. IV. Reſponſ.

Pater Sejo emancipato filio facilè perſuaſit, ut, quia mutuam quantitatem acciperet à Septicio creditore, chirographum perſcriberet ſua manu filius ejus, quod ipſe impeditus aſſet ſcribere, ſub commemoratione domus ad filium pertinentis pignori dandæ. Quærebatur, an Sejus inter cetera bona etiam hanc domum jure optimo poſſidere poſſit, cum patris ſe hereditate abſtinuerit: nec metuiri (metuerit) *ex hoc ſolo quod mandante patre manu ſua perſcripſit inſtrumentum chirographi: cum neque conſenſum ſuum accommodaverat patri, aut ſigno ſuo, aut alia ſcriptura. Modeſtinus* reſ-

reſpondit, cum ſuâ manu pignori domum ſuam futuram Sejus ſcripſerat, conſenſum ei obligationi dediſſe manifeſtum eſt. l. 26. §. 1 d. Pignor.

1. Durum & iniquum hujus loci jus videtur *Autumno:* Filium eo ſolo, quod Patri miniſterium ſcribendi obligationem mutui, cum hypotheca ſuæ domus adhibuiſſet, in oppignorationem ejus conſenſiſſe videri, eumque ſine alio voluntatis actu validè teneri. Iniquum eſſe, ut obſequium reverentiæ paternæ, filio noceat, præſertim cum ipſe Modeſtinus alibi diverſum ſentire videatur. Nam in *L. Gajus 33. d. Pigner. act.* ſcribit, nullum præjudicium ſibi feciſſe Gajum Sejum, ob id ſolum, quod teſtis & ſignator ejus teſtamenti fuerit, quo Creditor Lucius Titius ſcripſerat, ſe fundum ab eo emiſſe, quem non emerat. Et idem Modeſtinus *in L. Titia 34. §. Lucio 2. d. Legat. 2.* docet, eum, cui prædium per fideicommiſſum relictum eſt, nihil ſibi præjudicare in causâ fideicommiſſi ſibi relicti, ſi diviſioni ejusdem prædii factæ inter coheredes quaſi teſtis adfuerit, & diviſionis inſtrumentum obſignaverit. Secundum hæc, cum filius, ut teſtis ſubſcripſiſſet inſtrumento venditionis factæ à matre, nihil eum ſibi in petendo retractu præjudicaſſe, cenſuit Senatus Friſiorum apud Sandium *l. 3. tit. 4 def. 8.* Hæc adeo æquitate vincere viſa ſunt ea, quæ in hoc textu ſcripta ſunt; ut Autumnus more Fabriano, truncatum putet Modeſtini reſponſum à Triboniano; ſub hac tamen cautione reverentiæ, quam procul habet Faber, *quod pace tanti Viri dixerim,* inquit, *qui in diſciplinâ Juris atque in Legibus populi Romani noſcendis interpretandiſque ſcientiâ, uſu, auctoritate illuſtri fuit.* Truncatum vero Modeſtinum putat eo, quod is ſcripſerit, etſi filius conſenſiſſe videatur, idcirco tamen creditorem non potuiſſe domum quaſi pigneratam poſſidere, vel hypothecariâ perſequi. Sed cum hypotheca ſolo conſenſu fiat *l. 4. b. t* non poteſt negari, quin poſito conſenſu, hypotheca ſuum quoque effectum habeat; ideoque nihil minus probabile eſt, quam id à Modeſtino fuiſſe ſcriptum, quod & à Triboniano putat ademptum eſſe *Autumnus.*

2. Pro Modeſtino, ſive ejus loco, ut hic ſitus eſt, tam antinomiæ quam Eunomiæ causâ dicendum eſt, intereſſe multum, ſcribat aliquis inſtrumentum, etſi jaſſus aut rogatus, an ſubſcribat tantum. Si totum ſcribat, aut ſaltem eam partem inſtrumenti, quæ ad ipſius præjudicium pertinet, conſentire contra jus ſuum intelligitur, ut *hic* legimus, & liquet ex eo quod leges ſtatuunt de his, quæ aliquis in teſtamento ſibi ipſe adſcripſit, legatum haberi pro non ſcripto; & ſcribentem falſi nomine teneri *l. 1. d. His quæ pro non ſcript. l 1. C. eod. l. 1. §. ad Teſtamenta Ad L. Cornel. de falſ.* cum tamen qui teſtis ſubſcripſit teſtamento ſibi non præjudicet §. 11. *Inſt. de Teſtam. Ord.* Proinde qui ſubſcribit tantum inſtrumento, facit hoc ut particeps & approbator. Si hoc, præjudicat ſibi, quod refertur etiam *l. 9. §. 1. Quib. mod. Pign. ſol* non æquè, ſi prius. Nec aliter in Foro putem obſervari vel obſervandum. Etſi Autumnus hoc Modeſtini reſponſum apud Judices Francos *relinqui & abolescere* ſcribit. Sed hac parte fidem ei derogat Anton. Mornacius, qui *ad hanc L.* à Senatu Pariſino judicatum eſſe, & pronuntiatum ita refert in purpuris, ad Paſchales ferias *die 21 Martii an.* 1581. Wilhelmum Payenum Notarium fuiſſe adhibitum ſcribendo Hypothecæ inſtrumento in bona debitoris, qui & ipſi e-

rat

Digitized by Google

rat obligatus, & in cujus bona habebat hypothecam anteriorem, eumque excidiſſe jure *πρωτοπραξίας*, quo alias creditorem, cui inſtrumentum perſcribebat, anteire proculdubio debuiſſet. Quod certe longius ab argumento hujus Legis remotum fuit, quam quod hic traditur. Notarius enim nihil de ſuo jure ſcripſerat, nec quicquam ſuo juri adverſum. Ideoque non puto id *hujus loci* auctoritate paſſim valiturum. Sed è pluribus à Mornacio ſubjectis exemplis, magis eò Senatus ſpectaſſe videtur, quod officium Notarii fuiſſet, cum à quo adhibebatur, monere periculi, quod ex antiquiore hypothecâ immineret: Maxime, ſi pignus ſpeiale fuiſſet in unam eandemque rem conſtitutum. Quod tamen ipſum an pari ſeveritate alibi à Notariis exigeretur, non habeo adfirmare vel negare; modo fraus abſit à Notarii conſcientiâ.

Paulus Lib. 11. Sententiar.

Cum debitor gratuita pecunia utatur, poteſt creditor de fructibus rei ſibi pignerate, ad modum legitimum, uſuras retinere. L. 8. In quib. cauſ. pign. vel hypoth. tac. contrah.

1. Sententia hujus loci eſt, quam exponit Cujacius in *lib.* 8. *obſ.* 17. ut ſi quis pecuniam, ſine conventione de Uſuris, mutuo dederit, creditor è fructibus rei ſibi pigneratæ, ad modum legitimum, uſuras retinere poſſit. Quis eſt modus ille legitimus? aut ubi Lex uſurarum modum determinans? Eſt in *l.* 26. *C de Uſur.* quæ eſt Juſtiniani, tribus ſeculis Paulo recentioris. Olim quaslibet uſuras ſtipulari licebat, tempore Pauli, inquam, etiam Centeſimas, ut exemplo vidimus in *l.* 40. *d. Reb. Cred.* Enimvero antiquiſſimis temporibus uſurarum modum fuiſſe coercitum ſatis conſtat. Nam primo XII. Tabulis ſancitum, ne quis *unciario* fœnore amplius exerceret, hoc eſt, proportione unius ad centum in anno, cum antea ex libidine locupletium agitaretur. Dein rogatione Tribunitiâ ad *ſemuncias* redactæ ſunt uſuræ, id eſt, 24. pro C. Sed uſu paulatim ſunt obſoletæ leges, & jam tempore Ciceronis infinita licentia rurſus obtinuit, ad centeſimam uſque, uti nec uſuris uſurarum parceretur, quibus ipſe Bruti res agens Scaptius in Cilicia contentus non erat, ut narrat Attico Tullius in *lib.* 6. *ep.* 3. Emblema igitur hic Triboniani? Non videtur, etſi non dubitat in ſimili D. Wiſſembachius *ad l.* 1. *d. Uſur.* Fuit enim & olim modus quidam legitimus uſuræ. Non licuit enim tempore Pauli capere uſuras ultra centeſimas, exceptâ pecuniâ trajectitiâ, ut ipſe Paulus indicat in *lib.* 2. *Sent c.* 14. quâ de re Duaren. 2. *diſp. anniv.* 3.

2. Profligata igitur emblematicâ difficultate, plus Eunomia deſiderat in hoc textu, ita ut diximus, expoſito. Mutuum eſt contractus bonæ fidus, in quo, ut ſæpe diximus, uſura non habet locum, niſi per ſeparatam ſtipulationem. Hic vero id expreſſum eſt, gratuitam debitori datam eſſe pecuniam. Acceſſit pignus; hoc etiam ejusmodi eſt, ut creditor nihil exinde lucri percipere poſſit, niſi diſerte aliter convenerit *l.* 11. §. 1. *h. t.* Nihil hic ejusmodi. Unde igitur hoc, quod Creditor è pecuniâ gratuita fructus ad modum uſurarum, qui per legem

Digitized by Google

legem ſit maximus, retinere poſſit? *Atqui cum pecunia gratis utenda datur, & accipitur, ab utriuſque mente eſt alienum, ut uſuras habeat creditor, & fructus pro iis retineat. Quin prorſus non ferendum eſt, ut ita circumveniatur miſer debitor, & dum ſe gratuitam pecuniam habere putat, graviſſimis uſuris ſubjiciatur*; ſunt verba Bachovii 1. *de Pign.* 14 *n.* 4. Qui ob has rationes à veteribus ante Cujacium, negat ex hoc textu, agnitam eſſe antichreſin tacitam, ſive perceptionem fructuum è re pignoratâ, ſi de illa ſpecialiter interpartes non convenerit. Quid tum ad hunc textum? Fabriano more diceret aliquis, à Triboniano eſſe confictum; tam propter modum uſuræ legitimum, de quo *ſuperius*, quàm ob conſtructionem τῦ *Cum*, quod cum hic non pro quoniam, ſed pro *Quanto* ſumatur, conjunctivæ tamen præter morem jungitur, cujusmodi rationes Fabro toties dediſſe cauſam ſubornationes arguendi Tribonianæas, antea vidimus. Sed nos talibus refellendis potius, quam adſtruendis operam dedimus & dare cupimus. Æquè aliena ab idoneo ſenſu eſt ratio, quam Bachovius ex antiquis Doctoribus defendit; intelligendum eſſe hunc locum de uſuris ex pacto debitis: Talibus enim minus convenit appellatio *gratuitæ* pecuniæ, quam fructuum ex re pignoratâ perceptioni. Convenientius ſenſui recto putavit Hotomanus 1. *obſ.* 6. legendum eſſe, *cum debitor NON gratuitâ pecuniâ utatur*. Sed rurſus alii, non cohærere, monent, ut ideò fructus pignoris à creditore percipiatur, quia debitor non gratuitâ utitur pecunia. Sic enim bis mulctaretur debitor. Vel ſi dicas, non fuiſſe quidem conventum de quantitate uſurarum, fuiſſe tamen expreſſum ut ne gratis haberetur pecunia; nihilo magis vetet alios dicere, cum de uſuris contrahentes non convenerint, ideo dici pecuniam *gratuitam*. Quia tamen raro fit, ut notabiles pecuniarum ſummæ credantur uſu gratuito, non eſt præſumptu alienum, ex eo quod pignori data fuit res frugifera, contrahentes id egiſſe tacitè, ut fructus uſurarum vice, quatenus lege permiſſæ ſunt, à creditore perciperentur, eamque eſſe communem Interpretum opinionem uſu Fori receptam, teſtatur Hunnius ad *Tr. de Pignor. Qu.* 37. Carpzov. *p.* 3. *Conſt.* 20. *def.* 40. Brunnem. *ad h. l.* 8. aliique ab illo citati. A multis limitatur hæc Antichreſis tacita, ut non incipiat, niſi à tempore moræ, ut refert Gotofredus in *not. ad h. l.* 8. Quod etſi duritiem minuat, juris tamen ratione deſtituitur, quia Antichreſis Mutuo ſolet accedere, quod non recipere præſtationem uſurariam à Morâ, quæ tantum in bonæ fidei contractibus operatur *l.* 32. *d. Uſur.* ſatis conſtat.

3 Quod jam attinet ad rationes Eunomicas ſuperius objectas, opus eſt repetere, quod de Mutuo & de uſuris ad *l.* 26. *ſuprà de Condict. Indeb.* demonſtravimus; uſu Gentium & Commerciorum vix in uſu eſſe Mutuum illud mere beneficum, majoribus pecuniarum ſummis; ideoque uſuras facile præſumptionibus, quæ ſunt anticipationes ejus, quod plerumque ab hominibus agitur, admitti ſolere. Unde non poteſt inſolens videri jus hujus loci, quod ſimplici & primævo Mutui uſu conſiderato, duriuſculum & minus expectatum videri poſſet.

Scæ-

Digitized by Google

Scævola Lib. VI. Digeſtor.

Tutoris hæres cum herede pupilli tranſactione facta, cum ex ea majorem partem ſolviſſet, in reſiduam quantitatem pignus obligavit. Quæſitum eſt, an in veterem contractum jure res obligata eſſet. Reſpondit, ſecundum ea quæ proponerentur; obligatam eſſe. L. ult. In quib. cauſ. pign. vel Hypoth. tac.

1. Groenewegius *ad h. l.* Priori obligatione tranſactione finitâ, *inquit*, in veterem contractum res obligatas non eſſe, ideoque & hanc legem abrogandam, cenſet Autumnus *Conſer. des Droicts. hic.* Hæc ille. Non poteſt negari, jus ſatis arbitrarium & paradoxum eſſe, quod hic traditur. Heres Tutoris conventus ab herede pupilli de adminiſtratione à defuncto Tutore habita, tranſegit cum herede pupilli (idem eſſet, cum pupillo) & cum majorem pecuniæ promiſſæ partem ſolviſſet; in reliquum pecuniæ pignus obligavit. Non eſt dubium, quin hypothecaria detur ad effectum tranſactionis; ſed ait Juris Conſultus, *rem in veterem contractum*, id eſt, Tutelæ actionem, de qua tranſactum fuerat, eſſe obligatam. Duæ res hic indicantur: Prima, quod Tranſactione non ſervata, vetus actio duret; Altera, quod obligatio pignoris Tranſactioni adjecta, producatur ad veterem illum contractum Tranſactione ſolutum. Prior non eſt in his verbis explicita poſitio, verum ſupponitur: Nec enim aliter in veterem contractum Pignus, niſi ille ſupereſſet, obligatum eſſe poſſet. Et hæc quidem poſitio bene habet, ſi nulla per tanſactionem facta ſit novatio, nec aliud quam pactum fuerit: poteſt enim qui remiſit actionem, promiſſo aliquo, non dato, ut convenerat, veteri actione experiri *l. 27. in pr. d. Inoff. Teſtam.* Sed unde tum pignus & actio hypothecaria ad hunc contractum, qui non habuit pignus, accedit? Pignus adjectum fuit Tranſactioni: Ex hac non agitur, hæc omittitur; Ergo & pignus ei adjectum omittitur; quia ſublato principali, ut habet regula, tollitur acceſſorium. Reſpondetur, etſi de facto omittitur actio ex Tranſactione, non tamen ideo tolli jus ipſum Tranſactionis, nec adeò pignus ei adjectum: ſed ut vetus actio cum mentione Tranſactionis initæ, non ſervatæ, supereſt, ita quominus etiam pignoris obligatio Tranſactioni adjecta tunc uſum habeat, à tacito partium conſenſu non eſt alienum. Æquitati convenire talem pignoris reductionem à Tranſactione ad ipſum negotium, de quo tranſactum eſt, nemo neget. A tacito conſenſu nihilo magis, eamque taciti pignoris juſtam & unicam eſſe cauſam ex omni hoc Tit. conſtat.

2. Sit igitur hæc utilis obſervatio, Creditorem perſonalem per Tranſactionem hypotheca ſive pignore firmatam, licet ex priore contractu actione merè perſonali agat, eſſe tamen & fieri Creditorem Hypothecarium. Nolim igitur cum Brunnemanno ad *hanc L.* laudante Balduinum *d. Pignor. c. 5.* cauſam hujus Juris hanc reddere; quod in hoc caſu Tutores bona prius erant obligata. Sic enim nihil opus erat, à Tranſactione Pignoris obligationem ad priorem contractum, qui eſt Tutelæ, revocare, cum ille ſibi ipſi ad Hypothecariam ſufficeret. Denique argumento eſt hic locus, probabili ſaltem, jure Pandectarum

non habuiſſe pupillos hypothecam tacitam in bonis Tutorum, quæ eſt introducta à Conſtantino Magno in *l. 20 C. de Adminiſtr. Tut.* ut probavimus *in Prælect. ad h. T. n. 4.* Nam ſi pupillus & conſequenter ejus heres hypothecam legalem in bonis Tutoris habuiſſent, nihil opus erat, ut obligatio Pignoris à Transactione ſuper Tutelâ geſtâ retraheretur ad ipſam Tutelam, ut hic fit; in herede quidem Tutoris; Quippe eandem eſſe rationem in ipſo Tutore pupilloque, jam diximus & rectè monet Bachovius *in lib. 1. de Pignor. c. 13. n. 5.*

Papinian. Lib. III. Reſponſor.

Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior eſt, cui poſtea prædium ex his bonis datur: quamvis ex ceteris pecuniam ſuam redigere poſſit. Quod ſi ea conditio prioris fuit, ut ita demum cetera bona pignori haberentur, ſi pecunia de his, quæ generaliter accepit, ſervari non potuiſſet: deficiente ſecunda conventione, ſecundus creditor in pignore poſtea dato non tam potior, quam ſolus invenietur. L. 2. Qui potior. in pign. vel hypoth.

1. Duæ ſunt partes hujus L. Prima docet; Hypothecam generalem tempore priorem, jure præferri hypothecæ ſpeciali, etiam in illâ re certâ, non obſtante, quod primus Creditor ex cæteris bonis ſuam pecuniam redigere poſſit. Quod eſſe durum & abrogandum, cenſet Cyprianus Regneri ab Ooſterga, in *Cenſurâ ſua Belg. ad h. l.* ex quo minus multa in uſum noſtræ Eunomiæ vertimus, ideo quod pleraque inſcriptioni operis minus convenientia invenimus. Quod *hic* habet, æquitatis ratione plures commovit, ut hujus L. ſententiam putarent eſſe improbandam & uſu abrogatam. *Quoniam*, verba Cypriani, *hæc Lex, indulget malitiis, dum permittit Creditori generali, ut poſſit rem ſpecialem poſteriori creditori obligatam auferre, quamvis ex cæteris bonis ſibi ſatisfacere poſſit.* Idemque probat Schilterus, *ad Pandect. Ex. 33 §. 32* qui & refellit rationem Brunnemanni *ad h. l.* quâ is æquitatem hujus ſententiæ tuetur; quia ſcilicet, poſterior creditor habet jus offerendi priori Creditori, quo ſuam ſpecialem hypothecam ſibi vindicare poteſt. Recte enim Schilterus, eo non tolli duritiem hujus loci, probat, cum multa evenire poſſint, quibus fiat, ut commodum non ſit Creditori poſteriori, offerre pecuniam priori, ipſaque oblatio non ſemper admittatur, ut ipſe Brunnemannus docet *ad l. 11. §. ult. h. t.* Denique, *Jus Naturæ præcipere, ut quicquid ſine detrimento poſſit concedi, id tribuatur cuique vel ignoto.* Ita Schilterus. Etiam Coſtalius, ad *hanc L. 2. Ex æquitate receptum eſſe* ſcribit, *ut quoties ei, qui prior generalem obligationem habet, poſſet cautum eſſe ex ſua generali, toties is, qui ſpeciale pignus habet, in jure jure ſuo defendatur; & in illâ re ſpecialiter obligatâ præferatur priori generalem habenti.*

2. Sed quicquid illi de uſu temporum mutato vel mutando adſerunt, mihi non eſt dubium, quin ſecundum hanc Papiniani ſententiam jus dicatur hodieque, primus ut Creditor generalem habens hypothecam præferatur ſecundo ſpecialem habenti, etiam in illâ re certâ, licet aliunde ei ſatisfieri poſſit, ut tradunt Perez. *ad tit. C. de Pignor. n. 17. & ad T. Qui pot. in pign. n. 7.*

Carp-

Carpzov. *Deciſ.* 62. *& part.* 1. *Conſt.* 28. *Defin.* 128. Mev. *ad jus Lubecc p.* 3. *tit.* 1. *art.* 12. *n.* 60. Brunn. *ad h. l.* 2. *& ad l.* 2. *C. de Pignor.* Quod ad objectionem Iniquitatis attinet, injuriam nemo facere videtur, qui jure ſuo utitur. Eſt autem juris hoc indubitati, ut prior hypothecarius poſteriori præferatur, atque ut genus omnes ſpecies complectatur. Proinde, qui habet generalem hypothecam priorem, jus potius habet in omnes ſpecies: nec alterius facto jus illud amittere poteſt. Alius ex illa generali prærogativâ, quam ſemel acquiſivit, ſuo facto vel pacto ipſi invito certas rerum ſpecies ſubducere non poteſt. Si petat ſecundus, ut primus abſtinere velit hypotheca ſibi ſpecialiter obligata, idque ille ſine ſuo incommodo facere poſſit, inhumanum fore, tale commodum alii claudere, non diffitemur: Sed ejusmodi humanitatis officia certis caſibus uſum habitura, non poſſunt à Legiſlatore præſcribi civibus, in neceſſitatem qua juri ipſorum perfecte acquiſito derogetur. Non poteſt jus Primi Creditoris aliter minui, quam per ſuum factum vel pactum, ut conſtitutum eſt in *l.* 2. *C. de Pin.* Si quis habeat hypothecam generalem priorem, eique adjunxerit ſpecialem, hic id eo animo feciſſe videtur, ut prius ſpecialem excutiat, dein ad cætera bona progrediatur, quatenus ei necdum fuerit ſatisfactum: Contra hoc igitur, quod ipſe conſtituit, ſaltem ut probabiliter ex ejus pacto ita colligi poſſit, facere deinde non poteſt. Invitus & ſine prævio ipſius facto, ad alterius commodum obſervandum cogi non poteſt, utique neceſſitate civili & ratione Juſtitiæ expletricis, quæ non debet confundi cum probabilitate Juſtitiæ attributricis & humanitatis officiis. Ita ſe habet hæc ratio Eunomiæ, & prima pars hujus Legis.

3. Pars altera legis incidit in objectionem ridiculi & abſurdi. Nam ut verba Papiniani habent, *cætera bona* ſignificant hypothecam generalem *l.* 1. *d. diſtr. pign.* Quando igitur dicit, ita conveniſſe, ut, *ſi pecunia de his, quæ generaliter accepit, ſervari non potuiſſet, cætera bona pignori haberentur:* Perinde eſt, ac ſi diceret, *ut ita demum generali hypothecæ locus eſſet, ſi de generali hypothecâ pecunia ſervari non poſſet; Talis autem conventio inepta & ridicula eſt*, ait à *Cujacio* XI. *Obſ.* 32. *Sandius noſter in lib.* 3. *Tit.* 12. *def.* 26. Antonius Faber abſurditatem illam evitandam cenſet, emendationis ope, Pro, *cætera bona*, legendo *certa bona.* Quam conjecturam rejicit idem Sandius, & præfert emendationem Cujacii, *d. c.* 32. pro *Generaliter* in hac parte Legis, ſubſtituentis *ſpecialiter.* Ut ita Papinianus *hic* idem ſenſerit, quod Imp. in *l.* 2 *C. de Pignor.* qua ſic eſt conſtitutum; Ut, ſi juxta generalem hypothecam ſpecialis à priori Creditore ſumpta fuerit, tum ex hac ſpeciali ſolutionem conficere debeat, ut deinde ſecundus Creditor ſolus inveniatur hypothecarius. In qua poſteriori emendatione Cujaciana, nos etiam, re exigente, magis acquieſcimus.

Digitized by Google

Africanus Lib. VIII. Quæſt.

Titia prædium alienum Titio pignori dedit: poſt Mævio: deinde domina ejus pignoris facta, marito ſuo in dotem æſtimatum dedit. Si Titio ſoluta ſit pecunia, non ideo magis Mævii pignus convaleſcere placebat. Tunc enim, priore dimiſſo, ſequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur: in propoſito autem maritus emptoris loco eſt. Atque ideo; quia neque tunc, cum Mævio obligaretur, neque cum Titio ſolveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Mævii convaleſcere poſſit. Hæc tamen ita, ſi bona fide in dotem, æſtimatum prædium maritus accepit: id eſt, ſi ignoravit, Mævio obligatum eſſe l. 9. §. 3. Qui pot. in pign.

1. Mulier cognati ſui prædium Titio prius, dein Mævio Pignori obligavit. Poſtea heres facta cognati, & ſic dominio rei pigneratæ potita nupſit, & marito ſuo prædium illud æſtimatum in dotem dedit. Mox etiam ſolvit Titio. Tum Mævius convenit maritum actione hypothecariâ, ut poſſeſſorem prædii ſibi oppignerati: Quippe ſe, remoto per ſolutionem Titio, in locum ejus jure Pignoris ſucceſſiſſe. Maritus reſpondet; Hoc prædium tibi non fuit oppigneratum, quia cum pignori daretur, *res* erat aliena: Non valet autem pignus rei alienæ *l. 20. in pr. d. Pign. act.* Mævius replicat; Pignus rei alienæ convaleſcit, incontinenti, cum debitor ejus dominus eſt factus *l. 41. eod. tit.* Uxor autem tua, quæ mihi prædium illud pignori poſt Titium dedit, ejus domina facta eſt. Ergo pignus convaluit & cum Titio ſolutum ſit, ego jam ſolus in jure pignoris invenior. Triplicatio Viri; Nego Pignus tuo reſpectu convaluiſſe, vel te in locum Titii ſucceſſiſſe. Cum uxor mea, domina pignoris facta fuit, tu non habebas jus agendi hypothecariâ, quia Titius te præcedebat. Interim ego dominus prædii ſum factus, & Titio eſt ſolutum. Tu jus Titii & hypothecariæ actionis adipiſci tum non potuiſti, quia, cum Titio ſolveretur, prædium in me tranſlatum erat; uxor mea debitrix, non erat tum domina prædii, quod à me per æſtimationem quaſi emptum erat *l. 5. & l. 10. C. de Jur. dot.* Ac ita jus tuum convaleſcere non potuit. Non eo tempore, quo mulier revera fuit domina, quia tum Titius te excludebat: non deinde, quia tum mulier non erat Domina. Sic Africanus concludit; Improbante & vituperante ſententiam ejus Autumno, eamque Cenſuram laudante Groenewegio, *ad hanc L.*

2. Quid enim hæc eſt aliud, quam ſubtilitas caqtaria, quâ Mævius circumvenitur & effecta hypothecæ ſuæ privatur, dolo mulieris? Nam mariti dolus in *fin.* §. ab Africano excluditur; Uxoris fraus ex ipſâ rei hiſtoriâ eſt evidens; cum ipſa non neſciverit, oppignerationem Mævio eſſe factam, cum in dotem prædium marito ſuo daret, & dein ſolveret Titio, cujus reſpectu pignus ipſo jure convaluerat, cum eſſet domina facta, ut incontinenti haberet hypothecariam, quæ per dationem in dotem ipſi non poterat auferri. Hæc ergo mulier ita diſpoſuit, ut Mævio pignoris effectum intercideret; quod Juris conditores adjuvare & malitiæ indulgere non debuerunt. Reſponſio eſt, Virum ex causâ onerosâ fundum eſſe adeptum; cui proinde bonam fidem habenti, ut hic ſupponitur,

nitur, fraus mulieris creditori facta obeſſe non debet *l.* 6. §. 11. *d. His quæ in fraud. Credit.* Habet actionem perſonalem Mævius contra mulierem; Hypothecariam non æque, ut pote quæ contra tertium datur; Eaque res uſum habet in quolibet emptore & ſucceſſore particulari è cauſâ onerosâ, ut Africanus indicat.

3. Sed quid? An non æquè Mævii pignus fuit confirmatum eo momento, quod debitrix oppignorati prædii domina facta fuit quam Titii? Utique omne rei alienæ pignus ita convaleſcit, *d. l.* 41. *de Pignor. act.* & *l.* 22. *Pignor.* Ergo tam ſecundum pignus, quam primum, ſalvo ordine temporis. Proinde quo momento mulier domina prædii facta eſt, hypotheca Mævii convaluit: ut poſt Titium haberet effectum, nec mulieris facto eadem Mævio auferri potuit. Et cur igitur Mævius in locum Titii non ſuccederet, vel potius, cur amoto Titio, non ſolus in pignore Mævius invenitur? Hoc argumentum haberet valorem, ſi verum eſſet, quod ſupra *diſputandi* cauſa, poſuimus; Hypothecam rei alienæ ipſo jure per ſuperveniens debitoris dominium convaleſcere: Sed hoc non eſt ita, idque dignum obſervatione; Pignus jure non convaleſcit, ne dum ipſo jure, ſed ratione effectus tantum, utiliter actio datur *d. l.* 41. & *l.* 22. Ergo ne quidem reſpectu Titii convaluit ipſo jure pignus, nec mulier ea cauſâ, ſed ultrò illi ſolvit, ut videtur: Si non ſolviſſet, Titius nihilo magis adverſus maritum agere potuiſſet, quam Mævius. Quia, ſi utilem hypothecariam inſtituere voluerat, non potuiſſet; idcirco, quod res tum non eſſet in bonis debitoris, ſed æquè aliena, quam fuerat tempore obligationis hypothecariæ, nec ideo in terminis habilibus convaleſcendi. Sic igitur ratio Juris facit, ne Creditor jus habeat adverſus tertium poſſeſſorem doli expertem; Ex dolo enim ſuo amitteret exceptionem, ut Africanus iqſe monet: ſed dolus mulieris tertio poſſeſſori obeſſe non debet.

4. Poſtremo, quod movet Autumnus, parum habet vigoris. *Prædium alienum*, inquit, *pignori Titio & Mævio obligatum: non erat in bonis mulieris. Non ergo potuit mulier marito ſuo in dotem prædium illud dare in præjudicium Mævii, qui prior eſt tempore.* Scopæ diſſolutæ. Prædium marito in dotem datum eo tempore non erat alienum: tunc erat in vero mulieris dominio; ac ideo potuit à muliere alienari, ſalva tamen pignoris cauſa, ſi verè pignus fuiſſet. At quia non fuit illud pignus ab initio, nec etiam jure convaleſcere potuit, actio hypothecaria naſci non potuit. Idque minus dubii habuit, eo quod prædium æſtimatum in dotem datum fuiſſe dicitur: ſic enim verè penituſque alienatum eſt, *l.* 5. *l.* 10. *C. de Jur. Dot.* Si datum fuiſſet inæſtimatum, jus Mævii magis in ſuſpenſo fuiſſet, ob ſpem dominii ad mulierem reverſuri. Bene eſt quod obſervare datum fuit ex hujus loci diſcuſſione verùm uſum ejus poſitionis, qua Pignus rei alienæ, ſuperveniente dominio debitoris, convaleſcere dicitur & quantum interſit, utrum id ipſo jure, an per modum utilis actionis fieri dicatur.

Digitized by Google

Marcianus Lib. ſingul. ad formulam Hypothecariam.

Quæritur, ſi pactum ſit à Creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere, vel pignus, quid juris ſit, & an pactio nulla ſit talis, quaſi contra jus ſit poſita; ideoque veniri poſſit. Et certum eſt, nullam eſſe venditionem, ut pactioni ſtetur. L. 7. §. ult. d. Diſtract. Pign.

1. Rationes adverſus hujus loci eunomiam Bachovius in *lib. 3. de Pignor. C. 1. n. 4.* adfert ſeptem numero I. Quod ipſa ratio tractandi Tribonianum potius, quam veterem JurisConſultum ſapere videatur. II. Quod tam de pignore, quam de hypotheca proponitur pactum de non alienando, cum in pignore, quod eſt in manibus Creditoris, ei locus eſſe non poſſit. III. Quod ratio dubitandi inepta ſit, an pactio talis contra jus ſit poſita; cum nihil magis rationi juris conveniat, quam ne debitor alienet rem in ſpecie obligatam, ſiquidem & alienando eam, furtum committere dicitur *l. 66 d. Furt.* IV. Quod ejusmodi pactum creditoris de non alienando pignore à debitore, nullius uſus ſit; quia creditori ſemper in alienato pignore jus integrum manet, & hypothecaria æquè rem evincere poteſt, ſi pactum non ſit adjectum, quam ſecus. V. Quod nihil opus fuerit, venditionem ſtatuere nullam, ut pactioni ſtetur; quia pactione ſtari poteſt, etiam datâ in id quod intereſt actione, & abſque nullitate. VI. Juris ratio non patitur, ut pactum de non alienando Traditioni adjectum impediat dominii translationem, ſed qui habet jus pacti illius, condicit rem, non vindicat *l. 3. d. Condict. ob. cauſ. dat.* Pacta perſonas obligant, res non afficiunt, nec dominia transferunt aut impediunt *l. 20. C. de Pact. l. 135. §. pen. d. V. O.* Quomodo igitur Pactum Hypothecæ adjectum efficere poteſt, ne dominium transferatur? VII. Addit Hotomannus *Tr. de Pignor Cap. 5. ita citat* Bachovius, *eſt ad h. tit ff. Quod, ubi nulla eſt venditio, ibi & nulla naſcatur obligatio, hic autem adeo naſci, ut & dominium transferatur.* Has rationes Bachovius dubitandi potius quam reprehendendi cauſa proponit, etſi tantum illis tribuat, *ut forte credere quis poſſit loco iſti manum eſſe admotam à Triboniano Verum*, pergit, *cum Tribonianus acceperit hanc poteſtatem, mutandi, addendi & detrahendi ab ipſo Juſtiniano, nobis Interpretibus hoc agendum eſt, ut quæcunque in Pandectas relata ſunt, defendamus.* Omiſit adhuc aliam objectionem ex Hotomanno Bachovius; Cum Martianus (hunc enim Hotomannus auctorem hujus L. eſſe non dubitat) dixiſſet, pactionem illam contrariam eſſe Juri publico, abſurdiſſime tamen idem continuó concludit, *certum eſſe, illam pactionem valere* Hæc igitur *octava* ſit objectio, qua inter alias motus idem Hotomannus emendatione textus Eunomiæ conſulendum putavit, legendo in fine, *nullam eſſe rationem, ut pactioni ſtetur.* Pari ſenſu, quo alii, teſte Accurſio, levi trajectione verborum, ita olim legerunt; *nullam eſſe pactionem, ut venditioni ſtetur.*

2. Videamus primo, quid objectiones valeant: Inde, an emendatio neceſſaria ſit, facile patebit. Sic igitur ad primam objectionem reſpondet Bachovius; nihil referre, ſitne locus hic à Triboniano, an ab ipſo Marciano: modo

do cum Eunomiâ conciliari poſſit, quod ipſe probat contra Anton. Fabrum *dec.* 87. *c.* 1. Mihi quamdiu nihil in ſpecie proteritur, quod non æquè à Marciano, quàm a Triboniano proficiſci potuerit, pro interceptione præſumendum videtur. Pendet omnino primi argumenti valor, à vi ſequentium objectionum. Ergo ad illas progrediamur. Ad ſecundam reſpondere licet; uſum præcipuum hujus pacti eſſe in Hypothecâ; poſſe tamen etiam eſſe in pignore propriè dicto, idque velle Marcianum, quando poſt verba, ne liceat debitori hypothecam vendere, ſubjicit, *vel pignus*: velut ſi Creditor uſum pignoris ad tempus debitori concedat; vel etiam, ſi debitor vendat rem pignoratam, dum eſt apud Creditorem, hoc animo, ut emptor habeat dominium, quod utique adhuc eſt debitoris, & quod tranſire poſſe, licet apud alium ſit poſſeſſio, probavimus ad §. 40. *Inſt. de A. R. D. pag.* 143. *Prælect. ſub fin. & ſequ. & part.* 2 *Digreſſ. lib.* 2. *C.* 5. Tertiam objectionem non dignatur reſponſo Bachovius, ut quæ principium petat: quod cur dicendum ſit, non video. Reſpondeamus directè; cauſam dubitandi, an hæc pactio valeat, fuiſſe, quod libertatem civium de rebus ſuis diſponendi officiat, & quod creditor nihil amplius ex pignore, quam ſecuritatem debiti ſui, cui ſatis eſt conſultum ſine hac pactione, habere poſſit. Quâ de re in ſolutione ſequentis argumenti agendum.

3. *Quartam* objectionem urget & Hotmannus & Faber, *dec.* 87. *c.* 7. *in f.* qui ſolam illam ſufficere ait, ad probandum; hanc Quæſtionem, An valeat conventio, ne pignori obligatam rem debitori liceat alienare, inutilem, inanem & abſurdam eſſe, nec ideo eſſe probabile, JurisConſultum de tali quæſtione unquam dubitaſſe vel reſpondiſſe: Tribonianum ſatis fuiſſe ſtupidum, ut nihil abſurdi ab illo alienum eſſe putemus. Contra Bachovius ait, hanc Fabri objectionem eſſe vaniſſimam, nihilque eâ falſius atque impudentius eſſe. Primo enim ait, poſt *Nov.* 4. id intereſſe creditoris, quod, ſi venditio nulla ſit, directè contra tertium poſſeſſorem agere poſſit ex beneficio ordinis ſive diſcuſſionis in *d. Nov.* 4 prodito. At hæc quidem reſponſio nihil adverſus Fabrum & pro Marciano facit, cum hujus tempore beneficium Ordinis nullum fuerit. Magis ad rem pertinet, quod *ſuprà* diximus, debitorem, qui pignus ſpecialiter obligatum alienavit, furti teneri. Furti autem actio non datur, niſi ei, cujus intereſt §. 13. *I. de oblig. ex del.* Oportet igitur olim intereſſe Creditoris, ne pignus alienaretur. Idque non eſt ejuſmodi, ut demonſtrari nequeat. Etenim facilior eſt agendi ratio contra debitorem, quam adverſus tertium poſſeſſorem. Promptior enim & expeditior eſt probatio contra debitorem, qui actione principali & originali tenetur. quam adverſus Tertium. Hic eſt ignotus, difficilius forte conveniendus, certat de damno vitando, ut multo durius ſit, illum excutere & cogere, uti luat quod non contraxit: Quid etiam, ſi potentior ſit adverſarius, ut ferè uſu venit? Hanc eſſe cauſam ejus quod intereſt arguit *Tit. π. de Alienat. Judic. mut. C.* Addantur quæ in fine hujus capitis iterum uſu venient. Hotmannus tamen *ad h. tit. in fin.* conventionem hanc non minus ineptam, mollioribus tamen verbis quam Faber, eſſe demonſtrat: Comparans eam cum pactione, ne quis in ſuo ignem faciat aut lavet, cujuſmodi pactiones ſimileſque inutiles eſſe, quia nil intereſt paciſcentis docet *l.* 8. *in fin. Si ſervit. vind. l.* 15. *ff. de Servit. Conſtat autem Creditoris nihil intereſſe, pig-*

nus?

nus vendi, ſi modò ei ſatisfiat, & ſuum undecunque ſervet. Ita Hotmannus, parùm ſi quid intelligo, conſideratè. Nam Quæſtio, an valeat conventio de pignore non alienando, extendi non poteſt ultra durationem pignoris: ubi primum Creditori ſatisfactum fuerit, pactio de non alienando, quæ eſt Pignoris acceſſoria, ſimul extinguitur. Antequam ei ſatisfiat, venditio impeditur, quæ poſtea liberè fit, & ſine ligamine Pacti: Eſt igitur hæc objectio, nihil, quam elenchi, ut ajunt, ignoratio, vel oblivionis error in diſputando.

5. Ad Quintam objectionem, Bachovius etiam nihil ſignate reſpondet, niſi quod efficacius per nullitatem pactum ſervetur, quam per actionem in id quod intereſt. Quod non ſufficit inſtantiæ amoliendæ. Hinc enim non intelligo, cur, cum actio in id quod intereſt ſufficiat, in aliis pactis de non alienando; non æque ſatisfaciat pactioni de non alienandâ hypothecâ. Dicamus igitur, hoc modo; Si venditio non eſſet nulla, fieret contra quàm ad ſcopum Pignoris conſequendum ſingulari modo à partibus actum erat, ut res alienaretur, quod ad expeditam Pignoris perſequendi cauſam Creditor, inquam impedire voluit, & in quem finem actio in id quod intereſt habens circuitum, minimè ſufficiebat. Et hæc ratio viam reſpondendi aperit ad objectionem *ſextam.* Etſi enim Pactum de non alienando Traditioni adjectum, non impediat dominii translationem, nec niſi perſonalem, ut eſt in objectione, paciſcenti actionem pariat, ſecus tamen conſulendum fuit in Pignore, quod creditor apud debitorem manere voluit, ut ſecuritati ſuæ conſuleret, cui, ſi res pignorata per alias & quaslibet ambularet manus, plurimum decederet. Eſt igitur hoc peculiare Pignori, quod unicè eſt in ſecuritatem debiti perſonæ debitoris adfixi: ideoque pactum, ne pignus alienaretur, efficere debuit, quod naturæ, id eſt, ſecuritati Pignoris erat conveniens; ut pignus apud eandem perſonam maneret: Quæ ratio mihi jam propè magis arridet, quam quæ Bachovio & ejus verbis Wiſſembachio *ad h. th.* 2. placuit, etiam mihi in *Prælect. hic,* aliiſque multis; quod creditor hypothecarius habens & retinens jus in re, plus valeat hujusmodi pacto, quam alius, qui tradendo rem, omne jus à ſe abdicat. Cum enim dominus rem vendens per pactum conſtituti, poſſeſſionem retinere poſſit. *l.* 18. *d. Acquir. poſſ.* & dum paciſcitur, adhuc ante traditionem plene ſit dominus, cur minus juris ei paciſcendo, quam creditori tribuamus? Nolim igitur differentiam ab efficiente, ſed potius à cauſâ finali, hoc inquam, modo petere; Primo, qui alienat rem in ſecundum, non vult eam recipere; ſed habet aliam aliquam deſiderandi cauſam, ne res in Tertium alienetur. Re à Secundo alienatâ, cui bono impediatur ipſa alienatio? Secundus enim non vult dominium retinere, quia rem ſuam volens, contra quàm promiſit, alienavit. Primus etiam qui pactus eſt non id egit, ut rem reciperaret; nec id omnino fieret, ſi maximè dominium per alienationem ſecundi in Tertium non transferretur; maneret enim penes Secundum: Ergo nullitas dominii non haberet uſum propoſito partium convenientem. Ideoque nihil eſt cauſæ cur pactum hic majorem, quam ejus, quod intereſt, effectum habeat. Sed in Pignore prorſus id aliter ſe habet: Creditor qui paciſcitur de non alienando, id agit, ut hac ratione rem ipſe promptius conſequatur, ſi ſolutum non fuerit debitum; quod ſine dubio magis in expedito erit, ut dictum,

ſi

ſi res penes ipſum debitorem maneat; ut manere debet, ſi actus alienandi ſit ipſo jure nullus. In id quod intereſt autem actio, quæ alioqui danda foret, nihil, inquam, ad ſecuritatem illam conferret.

6. Septima objectio, quæ eſt Hotmanni, petit principium, ait Bachovius, qui male eam proponit. Nec enim ita ſcribit Hotomannus, ut ipſe refert, verbis ſupra collocatis; ſed directè probat, dominium rei à debitore alienatæ, non obſtante pacto in contrarium, tranſire: quod tantum abeſt, ut principium petat, nihil ut magis arcem cauſæ petat. Verba Hotomanni; *De dominio verò probari ſic poteſt: Quia, cum pignoris dominium penes debitorem manſerit, ut jam ſæpe dictum eſt, per traditionem rei venditæ, dominium, quod penes venditorem fui in emptorem transfertur. l.* 11. *d. Act. Empt.* Si eſſet abſque hoc textu, procederet argumentum Hotomanni: ſed lex hujusmodi pacto de non alienando, juſtum effectum dare non potuit, niſi nullitate venditionis, præter communes juris regulas, conſtituta. Nam etſi per hypothecariam Creditor pignus adverſus quemlibet poſſeſſorem perſequi poſſit, etiam ſine ullo pacto, plus tamen ſecuritatis & commoditatis additur ejusmodi pacto; ſi per illud alienatio penitus interdicatur. Cumque major illa ſecuritas pactique ſcopus, per ejus quod intereſt petitionem haberi non poſſit, nullitatis inſtitutum non ſine ratione placuit in hunc uſum. Pergit Hotomannus: *Præterea textus eſt apertus in L. ſi ſciens* 26. *d. Contrab. empt. Ubi non modo valere venditio dicitur, ſi quis ſciens à debitore creditorem fraudari, emerit, verum etiam dominium transferri.* Actum eſt de hoc textu *ſuprà in loco*, probatumque, venditionem à debitore factam in fraudem Creditoris, actione Prætoria in factum reſcindi, nec eſſe ipſo jure nullam. Sed non agit prætor de caſu pacti expreſſe de non alienando initi, quemadmodum hoc loco. Huic ſua ſatis conſtat ratio, per ea, quæ ſuperius collocata ſunt, nec evertitur per textus, qui nihil habent de pacto, *ne debitor alienet pignus.*

7. Sequitur octavum Hotomanni argumentum, quod eſt cavillatorium, tam Marciano, quam Hotmanno indignum, Nec enim habetur in textu, pactionem illam, ne debitor pignus alienet, *eſſe contrariam juri publico & civium Romanorum libertati*, ut Hotmannus ei preſſe imputat; quaſi mox inconcinnè concludat, eandem *pactionem facere Venditionem ipſo jure nullam.* Sed propoſita Quæſtione de vi pacti, ne debitor pignus alienet ut rationem dubitandi ponit Marcianus; *an pactio nulla ſit talis, quaſi contra jus ſit poſita.* Dein reſpondet, *nullam eſſe venditionem, ut pactioni ſtetur.* Quid eſt iniquius, quam dubitandi rationem ſumere ut poſitionem concluſioni repugnantem.

8. Sed eſt adhuc aliud, *Nonum* ejusdem Hotmanni argumentum: Res aliena vendi poteſt inquit, *L.* 28. *d. Contrab. empt.* Imo rei ſacræ, ſanctæ, religioſæ & hominis liberi venditio valet *L.* 4. § 6. *eod.* Ergo etiam Pignoris, de quo convenit, ne alienetur. Ergo *amplius* velim addat Hotomannus, quarumlibet etiam rerum alienari prohibitarum; quo tamen nihil falſius. Et quis neſcit, earum rerum venditionem valere duntaxat, ratione perſonalis actionis in id quod intereſt, quâ venditor emptori ignoranti tenetur. Quod autem ad dominii translationem attinet, nihil agi illis venditionibus *l.* 34. §. 1. *d. Contrah. empt.* §. *ult.*

Inſt. de Empt. Vend. Quominus etiam Venditor Emptori ignoranti in id quod intereſt teneatur, ubi pignus è causâ nullitatis evictum fuerit, nihil eſt quod impedire putemus. Sed hoc tandem ſupereſt difficultatis: Quid intereſt, utrum pignus per Hypothecariam avocetur, ſi nullum de non alienando pactum ſit initum, quam ſi ex causâ pacti nullitatis ratio accedat; ſiquidem creditor plus quam reſtitutionem rei pignoratæ obtinere non poteſt. Quis adeo effectus eſt pacti de pignore non alienando? Reſpondetur; Si venditio ſit ipſo jure nulla, difficilius eveniet, ut res alienetur, & facilior eſt probandi vincendique ratio, nullâ ex causa, quam ſi titulo juſto emptionis venditionis poſſideat, ut jam dici occupatum eſt ſuperius. Præter quod Jure Novellarum uſus rei maximè notabilis eſt, ob beneficium Ordinis ſive Excuſſionis, quod habet tertius poſſeſſor titulo juſto, non habet qui cauſam poſſidendi nullam habet, *Nov.* 4. Hæc ad Eunomiam hujus loci & Lectionem Florentinam ſufficere videntur adſcendam.

Gajus libro ſingul. ad formul. Hypothec.

Illud tenendum eſt, ſi quis communis rei partem pro indiviſo dederit hypothecæ diviſione facta cum ſocio, non utique eam partem creditori obligatam eſſe, quæ ei obtingit, qui pignori dedit, ſed utriuſque pars pro indiviſo pro parte dimidia manebit obligata. l. 7. §. fin Qu. mod. pign. ſolv.

1. Sententia non eſt obſcura, ſed judicatur inutilis & dura; referente Mornacio ad *h.* §. Laurentium Bechetium Advocatum Lutetiâ Pariſinum, cum tali cauſæ patrocinaretur, quâ Creditor cui pars pro indiviſo erat oppignerata in partem ejus, qui ipſi non erat obligatus, poſt diviſionem ageret hypothecariâ, adtuliſſe corpus Juris in Auditorium, & recitaſſe hunc § Sed uſu veniſſe ut Ægidius Magiſter, Præſes maximus & Juris ſcientiſſimus Bechetium increpitum, quod legem abrogatam inculcaret, multaverit aureis xxv. Addit, exinde ſæpius eandem renovatam eſſe quæſtionem & ſemper ita deciſam, adſtipulante Roberto *l.* 3. *c.* 19. *rec. judic.* aliiſque à Groenewegio laudatis *ad h. l.* Uſus autem hujus ſententiæ latè patet, præſertim, ſi non modò in variis unius rei ſociis, ſed etiam in his, qui res diverſas pro indiviſo communes habent, locum inveniat, qualis eſt ſpecies apud Robertum. Tres erant fundi inter totidem heredes indiviſi. Primus heredum, portionem ſuam in illis fundis hypothecæ obligavit. Dein facta diviſione cum primus unum è tribus fundis accepiſſet, creditor tamen deinceps hypothecariâ convenit ſecundum, pro tertiâ parte fundi, quam primus in hoc fundo tempore oppignorationis habebat & ſecundum hunc §. fundata eſt in ratione Juris actio Creditoris. Sed ajunt Cenſores, benignius & utilius eſſe, Pignus remanere in ea ſolâ parte, vel fundo, qui vel quæ per diviſionem obtigit debitori ejusve heredi, qui rem communem hypothecæ dederat: ne alioqui ſecundus primum rurſus convenire cogatur, ac ita fiat circuitus & multiplicentur lites. Hæc ita non malè, ſi commodum poſſeſſoris, jus Creditoris elidere poſſet: qui ſine dubio tres fundos æqualiter parte tertiâ ſibi habet obligatos, nec jus ſuum per diviſionem à cohe-

coheredibus factam amittere potuit. Idque firmatur ex *l.* 3. §. *ult. Qui pot. in pign. l.* 6. §. 8. *l.* 7. §. 13. *d. Com. Divid. l.* 31. *d. Uſufr. leg.* Si quis inſtet, diviſionem æqualiter præſumi eſſe factam, & ſic nihil intereſſe Creditoris, ſi fundum primi totum, pro triente fundorum habeat obligatum. Sed facile poteſt fieri, ut multum interſit. Quid enim ſi fundus hic unus incuria Primi vilior ſit factus. Si jam detineatur à Tertio emptore, quicum Creditor ſibi negotium eſſe nolit. Si ædificia corruerint, aut alia labes tacta ſit. Denique ſi unus è duobus fundis, cujus tertia pars ſufficit, ad debitum Creditoris exſolvendum, in proximo ſit, & fundus qui primo in diviſione adſignatus eſt, procul ſit ſitus: hæc aliaque facere poſſunt, ne bonum & æquum ſit, Creditori negare, quominus ſuum jus perſequi poſſit. Coheredes aut ſocii habent in promptu actionem adverſus coheredem, aut conſortem ſuum, quo cogant illum in tempore partes fundorum, qui ad ſe pervenerunt, jure pignoris liberet, aut pro ſe conventis interveniat. Quin & hodie conventi à Creditore beneficium. Ordinis, ſive Excuſſionis habent, ut prius excutiatur ipſe Primus debitor ex *Nov.* 4. Secundum hæc ratio Juris Romani facile ſuſtinetur adverſus Cenſuram Gallicæ praxeos. Nam quod Groenewegius habet ex Sandio 3. 12. 17. ad hanc rem non pertinet.

Paulus Lib. III. Quæſtionum.

Voluntate creditoris pignus debitor vendidit: & poſtea placuit inter eum & emptorem, ut à venditione diſcederent, jus pignoris ſalvum erit creditori. Nam ſicut debitori, ita & creditori priſtinum jus reſtituitur: neque omnimodò creditor pignus remittit: Et ideo: ſi judicio quoque accepto, venditor abſolutus ſit; vel, quia non tradebat: in id quod intereſt, condemnatus: ſalvum jure pignus creditori, dicendum eſt. Hæc enim accidere potuiſſent, etiam ſi non voluntate creditoris vendidiſſet. L. 10. *in pr. Quib. mod. Pign. vel Hypoth. ſolv.*

1. Autumnus in *Cenſ. Gall. ad h. l.* „ *Non video, quâ ratione*, inquit, *defendere* „ *poſſis, quod ſcribit Paulus in hac L. Cum repugnet, quod ait Martianus in l.* 1. §. *ſi vo-* „ *luntate h. t. Si voluntate Creditoris*, inquit, *fundus alienatus eſt, inverecunde appli-* „ *cari ſibi eum creditor deſiderat.* Et mox; *Si ergò voluntate Creditoris pignus debitor* „ *vendidit, & communi conſenſu reſolvatur venditio, creditori priſtinum jus non re-* „ *ſtituitur. Quia poſtquam dominium translatum eſt in emptorem, extinctum eſt jus* „ *pignoris, ut Gajus innuit in L. Si debitor* § *ſi in venditione h. t.* Putat igitur Autumnus, Martianum & Ulpianum à Paulo diſſentire, & veriorem eſſe illorum ſententiam, eoque jure nos uti exploratum eſſe adfirmat. Mirum eſt, Autumnum non addidiſſe *legem ult. C. de Remiſſ. Pign.* ubi Juſtinianus propoſitâ Quæſtione, *de Pignoribus vel hypothecis rerum, quæ quibusdam creditoribus ſuppoſitæ poſtea à debitoribus venduntur, vel alio modo transferuntur, creditore ſuum conſenſum contractui præbente, & quodam elegitimo modo res ad priorem domicum revertuntur. In hoc & enim caſu diverſæ ſententiæ à Legum Prudentibus habitæ ſunt &c. Nobis autem viſum eſt, eum, qui ſemel conſenſit alienationi hypothecæ, & hoc modo ſuum jus reſpuit, indignum eſſe eandem rem, ut pote ab initio ei ſuppoſitam vindicare, vel tenentem inquietare.*

2. Enimvero quod ad æquitatem & uſum Fori attinet, in eo tantopere diſſentit ab Autumno Groenewegius, ut is hanc *l. ult.* cenſeat abrogandam, & jus hac *L.* 10. probatum laudet, uſuque receptum eſſe teſtetur. Nec aliter Brunnemannus. Nos adeo nullam eſſe cauſam cenſendi, alterutram legem eſſe abrogandam, facile demonſtrabimus. Quando creditor venditionem pignoris ſibi obligati concedit, id reſpectu venditionis ſine dubio facit, ideoque ea nonniſi cum effectu conſideratur; ſi effectum non habeat, ſed retractetur ab iisdem contrahentibus, hæc ejus voluntas fuiſſe videtur, ut tali caſu omnia redeant in priorem ſtatum, tam dominium quàm pignus, quod dominii acceſſorium eſt. Quid iniquitatis, aut ἀνομίας & malæ connexionis eunomicæ animadvertas? Nam quod Autumnus profert, habet aliquam ſpeciem, ſi loca objecta ſeorſim conſideres, In ſedibus ſuis excuſſa facile diſcutiuntur. Nam in *l.* 8. §. 6. *h. t.* docet quidem Marcianus, fundum voluntate creditoris alienatum, in pignus repeti non poſſe, verum addit expreſſè, *ſi jam effectus ſit ſequutus venditionis.* Similiter *in l.* 4. §. 1. *h. t.* quem alterum objicit Autumnus textum, tradit Ulpianus, Liberari pignus, ſi Creditor, cujus res pignori obligatæ erant, conſenſerit, ut debitor rem permutaret, donaret, vel in dotem daret. Sed res loquitur, illa verba cum effectu accipienda eſſe, cum vere ſit permutatio, donatio, in dotem datio; non ſi inter eaſdem partes retractetur, & ad nihilum redigatur.

3. Major ἀναθεώρησις eſt in *l. ult. C. de Remiſſ. Pign.* ubi Juſtinianus Quæſtionem hanc veterum in eam partem decidere videtur, ut Creditor, qui ſemel in alienationem conſenſit, adeo ſuum jus amittat, ut nec deinde, ſi res in bona debitoris redeat, jus pignoris reviviſcat, quod eſſet contra Autumni Cenſuram. Sed illam excutienti legem, palam erit, diverſam ejus eſſe Quæſtionem; Agit enim de re ſemel, Creditore, qui generalem hypothecam habebat, volente, cum effectu alienata; ſed deinde poſt intervallum, à debitore iterum acquiſita: Quam Creditor denuò ſub hypotheca generali ſua vult comprehendere; non ideo, quod prior alienatio non habuerit effectum; ſed quia generalis Hypotheca complectitur omnia bona, tàm futura & acquirenda, quam præſentia & acquiſita *l. ult. C. Quæ res pign. obl.* quod habet ſequelam dialecticè veram: Attamen, quia prius ipſe conſenſit hujuſce rei alienationi, exceptione perpetuâ reſpectu ejuſdem rei, tam à debitore, quàm ab aliis Creditoribus repellitur æquitate civili. Nec quur iniquum aut abrogandum videatur, ratio vel Æquitas magis vult, quam quod ejus loci deciſio Juſtinianæa contrarietur huic juri Pandectarum, vel id recentiori auctoritate tollat aut mutet, cum plane ſint diverſi caſus; ut melius, quam Cenſores noſtri, obſervat Perezius *ad tit. C. de Remiſſ. Pign. n.* 6. & Brunnemannus *ad d. l. ult.*

Paulus Lib. v. Reſponſ.

Paulus reſpondit; Sempronium antiquiorem creditorem conſentientem, cum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, jus ſuum pignoris remiſiſſe videri: non etiam tertium in locum ejus ſucceſſiſſe: & ideo medii creditoris meliorem cauſam effectam. Idem obſervandum eſt, & ſi reſpublica tertio loco crediderit. L. 12. *in pr Quib. mod. Pign. vel Hypoth. ſolv.*

1. Au-

1. Autumnus & Groenwegius ſententiam hujus loci arguunt iniquitatis. Et eſt res crebri uſus, ut examen mereatur. Titius eandem rem Primo obligatam, cum Primi conſenſu Tertio oppignoravit. Quæritur, conſenſus Primi quid efficiat, in ipſius præjudicium: ut ipſe jus pignoris omnino amiſerit, an verò ut ordini tantum & juri temporis renuntiaverit. Prius hic à Paulo adfirmatur, ut Autumnus eum intelligit, & plerique Interpretes, etiam pragmatici, quos laudat Brunnemannus *ad h. l. & l. 1. Qui Pot. in Pign.* Sed ratio videtur eſſe in contrarium, ut diſſerit Bachovius ad Treutl. *de Pignor. th.* 9. qui tamen aliter diſputat nec obſcure ſententiam mutat in *lib.* 5. *de Pignor. c.* 8. Primo, quia conſenſus quidem de alienando pignore, jus ſuum aufert primo creditori, eo quod res non poteſt eſſe duorum ſimul *l.* 8. §. 6. & 15. *h. t.* Sed quominus eadem res diverſis perſonis in ſolidum, pignoris jure, ſalvo temporis ordine, teneatur, nihil impedimento eſt, ut notum *ex toto tit. Qui pot. in pign.* Idque non tantum in contrahendo rationem, ſed & in executione facultatem habet, ſi pignus valore ſuo, utrique credito ſufficiat; *Si res ampla ſit, & primo ad modicum æris pignorata fuerit*, eſt ſcriptum in *l.* 36. §. 1. *d. Pign. act.* Quid opus eſt, ſequi interpretationem, nec verbis expreſſam, nec menti Creditoris primi convenientem, qui ſine dubio quam minimum ſibi præjudicatum voluit? præſertim, ſi id Tertio nullum inferat damnum, ut nec ullum infert, ſi mitior ſententia præferatur. Quid verò ſi nec aliam Pauli mentem eſſe dicamus, in *hac l.* 12. quando ait: *Primum jus ſuum pignoris remiſiſſe videri, non etiam tertium in locum ejus ſucceſſiſſe, & ideo meliorem cauſam eſſe effectam?* Hac ultima verba tantum arguunt ordinis mutationem, ut primus non videatur ſibi ſubſtituiſſe Tertium, quo is ſuum, id eſt, primum lolcum obtineat ante ſecundum: ſed ut amoto primo, Secundus fiat primus, Tertius autem ſecundi locum teneat. Qua re nihil eſt æquius. Nam conſenſus primi, ut res tertio pignori obligetur, non poteſt habere minorem effectum; quia debitor etiam ſine conſenſu primi creditoris, eandem rem Tertio, ut libet, obligare poterat: Conſenſu igitur illo ſibi præjudicavit equidem, ſed non adeo, quàm ſi pignus alienari permiſiſſet, ipſa res ultrò loquitur. Dicitur igitur hic remiſiſſe jus ſuum, oppoſito ſenſu ad translationem juris ſui in tertium, quam non adſequitur. Et hoc reſpectu jus ſuum remiſit, ut ſecundus præter ejus intentionem primus fiat; ejus, inquam, intuitu jus ſuum remiſit. Non quod omnino renuntiaverit, ut penitus excludatur, ſi res pignorata Secundo & Tertio dimiſſis adhuc ipſi ſuffectura ſit.

2. His non obſtantibus, alii, noviſſimoque Tractatu Bachovius, è verbis Pauli colligendum eſſe volunt, Primum jus pignoris omnino amiſiſſe: *Siquidem* ait, *ubicunque jus pignoris manet, locum habet ſucceſſio, ita, ut qui antea erat Creditor prior, fiat poſterior.* Quid hoc argumenti eſt? Non negat Paulus, primum fieri poſteriorem, ſed Tertium fieri primum negat; ſecundum eſſe Primum & qui primus fuerat, eum eſſe vult poſteriorem. Verum tamen hæc interpretatio non poteſt ſapere Bachovio *in lib.* 5. *de Pig. c.* 8. *n.* 12. *Negato enim jure ſucceſſionis in locum ejus, cui ut obligaretur pignus, ego permiſi: (& verò negatur ea ſucceſſio in d. l. 12.) haud facile quis viderit, quomodo ego poſtremus fieri, & omnino obligatum pignus mihi eſſe, & licet abſque jure primitatis, manere poſſit, citra*

Digitized by Google

novam conventionem. Quid hoc iterum? An negatur in *hac l.* 12. ſucceſſio in locum ejus, cui ut obligaretur pignus ego permiſi? Imo negatur ſucceſſio in locum permittentis: ſic enim eſt in *h. l.* 12. *jus ſuum pignoris remiſiſſe videri, non etiam ſucceſſiſſe*. Videtur omnino Bachovius inter ſpeciem facti, & verba legis minus becomparaſſe. Nec ideo valet ejus argumentum, quod habet in his verbis; *Si ſucceſſio locum haberet, & ego, qui primus eram, fieri Tertius deberem, utique Sempronius fieri deberet primus, quod JCtus negat.* Male Primum opponit Sempronio, dum ſpeciem *Legis* explicat, in qua Sempronius ipſe Primus eſt) ut confuſionis hac parte manifeſtus ſit Bechovius. Juris conſultus nec docet (etſi hoc inde ſequitur) Primum fieri Tertium, nec eum qui Tertius fuit, primum fieri. Sed medium ſive Secundum fieri primum. Et cum is, qui primus erat, in gratiam Tertii jure ſuo ceſſerit, oportet Tertius illum præcedat ac occupet locum ſecundum, ut primus ſiat ultimus. Inſtat Bachovius, *Illa transmutatio, ut primus fiat poſterior, non poteſt contingere ex primâ obligatione*, & nova conventio deficit hoc loco. Unde igitur? Et rurſus; Unde Secundus, qui plane extra conventionem, fit primus? Reſpondeo: Antiquior ſive primus Creditor, qui hic eſt Sempronius, concedens ut pignus ſuum, quod jam erat Secundo obligatum, Tertio adhuc teneretur, hoc ipſo removeretur à primo loco, in quem Tertius, cui voluit gratificari, ſuccederet; niſi obſtaret medius Creditor, cui Primus Sempronius nocere non potuit: Quem cum Tertius prætervehi nequeat, illum ſubmovet in primum locum, & ſic ipſe fit ſecundus. Quid de Sempronio primo? Ille manet Creditor, manet Hypothecarius vi primæ conventionis, quæ nunquam ſoluta eſt, ſed temporis jure, ſua ſponte privatus. Hæc omnino videtur eſſe mens Pauli, optimè cum ratione & æquitate conveniens; eademque eſt Gloſſæ ad *hanc l.* 12 aliorumque laudatorum à Brunemanno *ad d. l.* 12. ſententia. Tenenda autem eſt hypotheſis, quâ primus conceſſit, ut Tertio, *certæ perſonæ*, pignus obligaretur; ut eſt in *hac l.* Nam ſi Primus alii in genere pignus ſuum obligari permiſerit, non poteſt dubitari, quin ipſe tam infinito conſenſu, de jure pignoris planè remittendo, cogitaverit: quam diſtinctionem, poſt Salicetum, ſequitur Neguzant. *p.* 6. *m.* 3. *n.* 14. & Brunnem. *hic n.* 3 ubi *plures*.

3. Non debet omitti collatio *hujus L.* 12. *cum l.* 12. §. 4. *Qui pot. in pign.* quam & omnes juxta eam tractant, ut, quatenus in his, quæ dicta ſunt, acquieſcere liceat, videamus. Martianus; *Si tecum de hypothecâ paciſcatur debitor, deinde idem cum alio, tua voluntate, ſecundus potior erit.* Hoc quidem eſt extra dubium & ſupra dictis conveniens: Nec opus, ut, quod Brunnemannus aliique volunt, conceſſio de pignore alii obtinendo, ad alium generaliter referatur. Verba *textus, cum alio, tuâ voluntate*, factum aliquod ſpeciale, nec minus quam *in hac l.* 12. verba *tertio Creditori*, ſignificare videntur. Pergit Martianus: *Pecuniâ autem ſolutâ, an rurſus teneatur tibi*, pignus ſcilicet, *recte quæritur.* Ex hac Quæſtione liquere ſcribit Bachovius *in d. lib.* 5. *de Pign. c.* 8. *n.* 1. Martianum ſtatuere, jus Primi Creditoris, qui conſenſit, ut pignus alii teneretur, eſſe extinctum, non ordine poſtpoſitum. *Quæſtio*, inquit, *illa eſſet inepta*, ſi primus tantum poſtponeretur, quia pignus nunquam fuiſſet liberatum. Sed ego Bachovii acumen non præfero claris Martiani verbis, quibus diſtinguit, *utrum id actum*

ctum ſit, ut ab hypothecâ in totum diſcedatur, an ut ordo ſervetur, & prior Creditor ſecundi loco conſtituatur. In dubio igitur, quid ſequemur? Non patitur id dubitari Martianus; nam facta non præſumuntur, ſed probari debent. Diſceſſum eſt ab Hypotheca per conſenſum oppignorationis alii faciendæ, *ſi id actum ſit.* Ergo ſi id actum eſſe non appareat, Pignus ipſum manet, ac ordo mutatur: etſi aliter Gloſſa *ad d.* §. 4. quaſi ex *arg. l.* 12. *h. t.* quæ Gl. tamen rurſus aliter *ad* ipſam *l.* 12 *h. t.* quod ſecus nobis demonſtratum eſt. Bachovius *nec hilum* ſuper eo quod in dubio ſtatuendum ſit, *reſpondiſſe* Martianum in *hac l.* §. 4. ſcribit. Sed non ſolent Juris Conſulti *per Uppono & Reſpondeo* diſputare. Implicitè reſponſio haud obſcure continetur, ut indicavimus. Atque ita locus hic optimè cum hac *L.* 12. & cum Eunomiâ conſentit. Adde his, vel potius hæc adde ſis iis, quæ diximus obiter in *Prælect. ad. h. Tit.* §. 1.

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM XXI.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Ulpianus Lib. 1. ad Edictum ædilium curulium.

SPadonem morboſum non eſſe, neque vitioſum, verius mihi videtur; ſed ſanum eſſe, ſicuti illum, qui unum teſticulum habet, qui etiam generare poteſt. L. 6. §. ult. d. Ædil. Ed.

1. Morbum Juris Conſulti noſtri dicunt, Habitum cujusque corporis contra naturam, qui uſum ejus ad id facit deteriorem, cujus causâ natura nobis ſanitatem dedit. *l.* 1. §. 7. *h. t.* Hæc tam generalis eſt definitio, ut & vitium comprehendat; quod alioquin à morbo ita diſtinguitur, ut morbus ſit temporalis imbecillitas, Vitium verò ſit perpetuum corporis impedimentum *l.* 101. §. *ult. d. V. S.* Ita morbi ſunt, febris, & phtiſis. *d. l.* 1. §. 7. Vitia, balbuties, luſcities, & ſimilia. Quæ tamen uſum partis alicujus omnino tollunt, impedimenta, magis eſt ut morbi appellentur. Ita cæcitas eſt morbus *d.* §. 7. Etiam

mutus

Digitized by Google

mutus eſt morboſus *l.* 9. *h. t.* Et cui digitus de manu vel pede præciſus eſt, hunc morboſum videri Ofilius & Cato ſcripſerunt *l.* 10. *in pr.* & §. 1. *d. Ædil. Ed.* Quo magis mirum videtur Autumno ad hanc *L.* 6. §. *ult.* Spadonem non eſſe morboſum, nec quidem vitioſum, ut Pomponius dixit. Atqui læſa eſt cauſa generationis in ſpadone. Monorcchen, ſive unius teſticuli Vitium non eſſe morboſum, magis mirum videtur. Nam ſi è viginti digitis unus præciſus morbum faciat, ex ſententia Ofilii & Catonis, quæ prævaluit, à duobus teſticulis alter deficiens evidentiorem morbum faciat oportet. Quo pertinet, quod Senatus Pariſienſis Autumno teſte, conſtiturit in favorem Claudinæ Gotofredæ, juſtam eſſe cauſam non contrahendi matrimonii cum Sponſo, quod hic altero carere teſticulo compertus erat; Etſi medicorum & chirurgorum teſtimonio tales ad generandum, quod & Pomponius hic adfirmat, aptos eſſe comprobaret. Reſpondendum eſt tam de monorchis, quam de Spadonibus. Et de his quidem reſponſio recta & plana eſt, Spadones eſſe duorum generum, Caſtratos & frigidos.. Caſtrati ſunt, quibus teſtes ſunt adempti; frigidi, qui integris membris & teſtibus, aliâ cauſâ generare non poſſunt. Qui prioris ſunt generis, ſub morboſis continentur, ut docet Paulus *in l.* 7. *h. t. Si quis ita Spado eſt*, inquit, *ut tam neceſſaria pars corporis*, quæ ad generandum requiritur, *ei penitus abſit, morboſus eſt.* Sed frigidi, quibus ad ἀδυνὰν παιδοποιεῖν adſurgere datum non eſt, integris tamen membris, nec ſine ſpe ſunt, fore, ut aliquando in venerem convaleſcant, morbum habere non videntur. Et Autumni quidem argumento de Spadonibus hac diſtinctione ſatisfactum eſt, magis ſi addas §. *ſed & illud* 9. *I. de Adopt.* Quod ad monorchas, ſive uno teſticulo præditos attinet, ſi tales ita ſunt nati, quare prò morboſis habendi ſint, nihil profertur; quia generatio in illis non impeditur; etſi forte minor vis eorum ſit ad uſum crebriorem. Ita cui digitus eſt præciſus pro morboſo habetur, ut dictum, qui natus eſt cum quatuor digitis in manu vel pede, non eſt morboſus neque vitioſus: *d. l.* 20. § 2. quia tales in opere faciendo aliis nihilo ſunt deteriores; quod ſecus fere in his, quibus lacerata ſunt membra, obtinet. Etſi de monorchis idem forte non videtur ſi verum eſt, quod *Dapperus* in Africanis Hotentotiis obſervat, illos alterum infantibus adimere teſticulum, quo celeriores ſunt, quemadmodum illi agilitate Europæos mirifice ſuperant. Sed nec quodlibet impedimentum ſufficit: Nec enim cui dens abeſt, morboſus aut vitioſus eſt, ait Paulus in *l.* 11. *h. t.* Hæc uſum habuerunt in Venditionibus ſervorum, de quibus agitur in Edicto Ædilitio: Moribus hodiernis vix eſt, ut hæc uſum habeant forenſem juridicum, niſi in re conjugali.

Paulus Lib. 11. ad Edict. Ædil. Curul.

Proponitur actio ex hoc edicto in eum, cujus maxima pars in venditione fuerit: Quia plerumque venaliciarii ita ſocietatem coëunt, ut quidquid agunt, in commune videantur agere. æquum enim ædilibus viſum eſt, vel in unum ex his, cujus major pars aut nulla parte minor eſſet, ædilicias actiones competere: nec cogeretur emptor

cum

cum multis litigare. Quamvis actio ex empto cum ſingulis ſit, pro portione, qua ſocii fuerunt. Nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum, pronius eſt. l. 44. §. 1. d. Ædil. Ed.

1. Hanc Legem abrogandam cenſeo, vox eſt Groenewegii Cenſoris *ad h.* §. Cum æquitatis ratio non permittat, ut quisquam è pluribus, ad quos res pertinet, in amplius quam pro ſuâ parte teneatur. Ego nihil opus eſſe abrogatione putem; utique ſpecialiter hujus legis reſpectu. Quia ſatis conſtat, Ædilitium Edictum hodie tantum facere ad explicationem actionis Empti, nec ea, quæ ab hac actione ſunt aliena, in Foris noſtris eſſe recepta: Veluti, quod Ædilitiæ actiones ſint aliquando pœnales in duplum *l.* 23. §. 4. *l.* 45. *h. t.* Talis etiam eſt hæc ſingularitas, quod actiones Ædilitiæ dantur in unum ex pluribus, ad quam res ex majori parte ſpectat: Quod in Empti actione non habere locum, hoc ipſo loco Paulus indicat. Quin nec ipſo Ædilitio Edicto videtur id fuiſſe generale; ſed in odium venalitiariorum, qui mancipiis emendis vendendiſque operam dabant, ita receptum eſt, ut indicat Paulus in verſu: *quia plerumque venaliciarii:* Et in fine §. *Nam id genus hominum, ad lucrum potius vel turpiter faciendum, pronius eſt.* Quemadmodum Ædiles in Edicto ſuo, de mancipiis potiſſimum egiſſe, liquet ex ipſo Edicto, quod extat *in l.* 1. §. 1. *h. t.* Nihil igitur hic Cenſuræ vel abrogationis uſu venit, *hoc* quidem *loco.*

Africanus Lib. VI. Quæſtion.

Fundum, cujus uſusfructus Attii erat, mihi vendidiſti: nec dixiſti uſumfructum Attii eſſe: hunc ego Mævio detracto uſufructu, tradidi. Attio capite minuto, non ad me, ſed ad proprietatem uſumfructum redire ait; neque enim potuiſſe conſtitui uſumfructum eo tempore, quo alienus eſſet: ſed poſſe me, venditorem te de evictione convenire: quia æquum ſit, eandem cauſam meam eſſe, quæ futura eſſet, ſi tunc uſusfructus alienus non fuiſſet. L. 46. in pr. d. Eviction.

1. Species facti: Fundum emi ſimpliciter à Titio, qui reticuit, uſumfructum ejus fundi ad Attium pertinere. Ego mox eundem fundum vendidi Mævio, retento mihi uſufructu, ignorans ſcilicet, Attium acquiſiviſſe prius uſumfructum. Mox Attius ob crimen eſt deportatus, & ſic uſusfructus ejus extinguitur. Nec jam obſtat, quominus uſusfructus à me libere exerceatur. Sed Cajus, qui fundum à me, deducto uſufructu, emit, re cognitâ, uſumfructum ſibi vindicat. Ait; ex lege venditionis, uſusfructus fundi cum primum finiretur, ad me reverti debebat: Atqui jam finitus eſt. Ergo fieri debet, quod juris eſt ſemper, uſusfructus ſi totus finiatur, ut ad proprietatem redeat, & proprietas eſt penes emptorem fundi §. *ult. Inſt. de Uſufr.* Hoc ita faciendum eſſe reſpondet Africanus; ſed durum & iniquum id eſſe putat *Autumnus*, & ſubtilitate juris captatorium: Actum enim id eſt, inter emptorem & me venditorem, ut uſusfructus me penes maneret. Id jam ita uſu venit, ut fieri poſſit. Contra fidem bonam videtur hæc eſſe captio emptoris Mævii, quod, cognito, uſum-

fructum Attii fuiſſe, cum id ambo ignoraſſemus, jam ad ſe trahat uſumfructum. Autumnus idcirco non dubitat, hanc Africani ſententiam eſſe injuſtam. *Iniquum eſſet*, inquit, *venditorem carere uſufructu, quia non alias venditurus erat proprietatem l. ult. C. de Pact. int. empt. & vend.* ubi, *Cum enim venditor, vel alius alienator, non aliâ lege jus ſuum transferre paſſus eſt, niſi tali fretus conventione, quo modo ferendum eſt, aliquam captionem ex variâ pati eum interpretatione?* Putat etiam Autumnus, ſi venditor uſufructu, quem ſibi reſervavit, gaudere nequeat, Venditionem pro nulla habendam; quia perfecta non eſt emptio venditio, niſi id quod venierit, appareat, quid, quale, quantumque ſit *l. 8. in pr. d. Peric. & Comm. rei vend.* uſusfructus autem eſt pars fundi *l. 58. in pr. d. Verb. Obl.*

2. Sed hæc utcunque ſpecioſa & æquitate commendata, non vincunt tamen ſolidam Africani rationem: Quod uſusfructus ſi finiatur, neceſſariò & naturaliter ad Proprietatem revertatur. Atqui finitus eſt uſusfructus in perſona Attii, cujus erat revera, proprietas eſt penes emptorem Mævium: Nŏn poteſt igitur alibi, quam apud hunc, uſusfructus eſſe, nec rei veritas alterius incommodo, qui ſibi imputare debet, quod in rem melius non inquiſiverit, mutari poteſt. Nam quod Autumnus ait, venditionem per errorem iſtum eſſe nullam, id ipſum revera nullum eſt; Venditus enim eſt fundus, deducto uſufructu, quod fieri poſſe nemo negat. Nec res aliter ſe habet, aut ex poſt facto comperta fuit. Non erat expreſſum, quod ego Venditor uſumfructum habiturus eſſem. Etſi maxime fuiſſet expreſſum, valere non poterat illa conventio; quia uſusfructus eo tempre, quo alienus erat, conſtitui non potuit, ut rectè ait Africanus. Imo non *movet*, eſt Autumni, replicatio; *hæc Africani ratio. Nam Pomponius ſcribit, futuro ædificio, quod nondum eſt, vel imponi, vel acquiri ſervitus poteſt. l. ſi ſervitus 23. d. Servit.* Quid ni igitur venditor uſumfructum ſibi reſervare poſſit, dum adhuc eſt alienus? Enimvero, ſi hoc diſertè fuiſſet actum, ut poſt mortem naturalem, vel civilem Attii, uſusfructus ad venditorem pertineret, dicendum foret, pacto eſſe ſtandum, per *d. l. ult. C. de Pact. int. empt. & Vend.* ſed cum venditio fundi ſimpliciter facta ſit, *deducto uſufructu*, conſequens erat, uſufructu, qui tempore venditionis erat, finito, jus ejus cum proprietate conſolidari. Habetque ea res minus incommodi, quod ego Emptor & ſecundus Venditor Primum Venditorem de Evictione convenire poſſim, quod mihi vendiderit fundum, à quo uſusfructus erat ſeparatus, *nec enim fundus dari intelligitur, ſi uſusfructu detrahatur d. l. 58. à pr. d. V. O.* Confer ſis, hæc cum iis, quæ diximus *ad l. 7. d. Action. empt.*

EUNO-

Digitized by Google

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD
LIBRUM XXII.
PANDECTARUM,
VINDICIÆ.

Papinianus Lib. 11. Quæſtion.

C*Um judicio bonæ fidei diſceptatur, arbitrio judicis, uſurarum modus ex more regionis, ubi contractum eſt, conſtituitur. Ita tamen, ut legi non offendat.* L. 1. *in pr. d. Uſur.*

1. Primo quidem offendunt ultima verba, *ut legi non offendat*, quæ negat eſſe Papiniani D. Wiſſembach *in Embl. ad h loc.* eaque adjecta cenſet à Triboniano, qui reſpexerit ad *l.* 26. *C. de Uſur.* ubi modus uſurarum accepit Legem certam. Accedit inſolens conſtructio, *offendat Legi*, cum vox illa cum accuſativo conſtruatur. Sed Ulpianus *in l* 15. *d. Serv. Ruſt. pr.* dixit etiam, *ne proſpectui offendatur*. Et modus *legitimus* uſurarum alibi quoque reperitur, ut vidimus in *l.* 8. *In quib. cauſ. Pign. tac.* ubi, quemadmodum Emblematicæ cenſuræ non videri eſſe locum, defendimus, ita nec hic quidem, aut in *l.* 9. *pr. h. t.* aliiſque pluribus, ubi de modo Uſuræ legitimæ agitur, neceſſaria videtur: Cum & olim fuerit modus quidam lege præſcriptus uſurarum, ut ipſe D. Wiſſenbachius *hic* fatetur; Argumentum à conſtructione, quod Fabri eſt palmarium, non urget ille, quemadmodum nec urgendi ratio eſſe videtur.

2. Sed hæc Levia ſunt; Gravior Cenſuræ moles incumbit huic poſitioni, quod uſuræ modus in judicio bonæ fidei à judice, conſtituendus ſit: cum ingens numerus Theologorum, JurisConſultorum & Philoſophorum Fœnerationem penitus damnet: Quam, etſi vulgatam quæſtionem, hic nullo modo omittere fas eſt. Demus autem huic ſententiæ Uſuris adverſæ Patronum ex Juris-

Conſultis: Antonium Matthæum, qui vehementer id agit, *in diſp. miſcell. 6. de Fœneratione non ferendâ in bene conſtitutis Rebuspubl.* Ubi intelligit per Fœnus Mercedem pecuniæ quaſtus causâ perceptam: Quatenus enim ejus quod verè intereſit ratio habetur, id in controverſiam non vocatur. Rationes ejus contra uſuram quæſtuariam, cui nomen fœnoris excellenter tribuit, ſunt hæ, quas ſubjecimus. I. Teſtimonia ſacrarum literarum *Ex.* 11. *Levit.* 25. *Deut.* 23. *Pſalm.* 15. *Proverb.* 28. *Luc.* v. 35. quibus locis tam diſertè fœnus, cujuscunque etiam generis fuerit; prohibetur, ut hoc nemo in dubium revocare debeat, niſi apertè inanibus argutiis oracula divina fallere ſe poſſe putet, II. Quia fœneratio tollit Chriſtianam caritatem, quæ ſane poſtulat, *inquit*, ut nummi ſine fœnore credantur. III. Quia Mutuum officii & neceſſitatis ſublevandæ causâ inſtitutum eſt: quare ad quæſtum converti non debet. IV. Quia quæque res ei quæſtuoſa eſſe debet, cujus periculo eſt *l.* 13. §. 1. *Commod. l.* 10. *d. R. J.* V. Quia creditor, invito domino, fructus ex aliena re quærit, Eſt enim debitor nummorum dominus *pr. Inſt. Quib. mod. re contr. obl.* VI. Abſurdum eſt, & contra naturam, ut æſtimetur nummus, vel ejus uſus, qui aliarum rerum æſtimandarum causâ inventus eſt *l.* 1. *d. Rer. perm. junct.* §. *in pecudum Inſt. de Rer. diviſ.* VII. Numinus permutandi & erogandi causâ ad res neceſſarias inventus eſt. Ergo non poteſt adhiberi, ut augeatur & multiplicetur. VIII Pecunia eſt ſterilis, à naturâ minime facta ad fœtum & fructum producendum. IX. In contractu uſurario venditur id, quod non eſt: Uſus ſortis, qui ab ipsâ ſorte non poteſt ſeparari, quod eſt argumentum Thomæ Aquinatis 2. 2. *Quæſt.* 78. *art.* 1. X. Fœnoris cupiditate fit, ut mercatura jaçeat, opificia negligantur, agricultura ſordeſcat, pecuaria deſeratur, fortunæ omnium prodigantur, & extremum ſalus Reipubl. periculum adeat. Accedit auctoritas JurisCanonici *t. T.* x. *de Uſur. Cap. Non licet & ſequ. diſt.* 46. *& diſt. ſequ.* Item *cap.* 14. *Q.* 3. *&* 4. Quin Titulus de Uſuris ſubjicitur *Tit. de Furtis*, ut ſignificetur, fœnerari eſſe furari, imo ut Cato dicebat, eſſe idem, quod, hominem occidere. Accedit aliorum auctoritas Veterum & recentiorum, certatim Fœnus, id eſt, uſuram Quæſtuaaium damnatium, quos inter Johannem Parladorium laudat D. Matthæus, Molinæi opinionem diverſam his verbis refutantem. *Hæc mihi ſcribenti, venit in mentem*, inquit, *Molinæi opinio, quam de hac re literis prodidit in tract. de Commerc. n.* 5. 9. *&* 515. *atque non potui non in virum alioqui doctum excandeſcere, qui divina & humana jura corrumpens auſus ſit ſcribere, etiam hodie uſuras eſſe permiſſas, tam jure Divino quàm Pontificio, dummodo legitimum modum Legis & charitatis non excedant. Manifeſtum ſane deliramentum & ab hæreſi non alienum.* Cui ſuccinit Didacus Covarruvias *l.* 3. *var. Reſol. c.* 1. *n.* 6. *Uſuras Legibus Juſtiniani permiſſas*, inquit, *& approbatas fuiſſe opinor: ſed Leges improbas eſſe cenſeo.* Ita uterque Hiſpanus ille JurisConſultus: Nec aliter plerique non modo Pontificii, ſed etiam Proteſtantes Jurisperiti. Sed è Theologis Proteſtantes ferè in diverſam conceſſerunt opinionem, eam videlicet, quæ Molinæo adſcribitur à Parladorio; Uſuræ prohibitionem Jure divino & naturali ſaltem catenus accipiendam eſſe, quatenus charitati adverſatur; Supponentes eam non neceſſario, neque ſemper adverſam eſſe Charitatis Legi. Tenendum autem, quod diximus, Uſuram hic intelligi, quæ propter ſolum quæſtum infligitur,

etſi

etſi nihil forte compenſet, nec moram debitoris puniat: Quemadmodum uſura diſtingui ſolet in Compenſatoriam, punitoriam & Lucratoriam. De hac ultimâ ſpecie ſolâ diſputatur, quam Fœnus vocat D. Matthæus arbitrio ſuo: Nam ſatis conſtat, fœnus & uſuram non diſcerni Jure Civili, utcunque ferè ſic uſu veniat, ut uſura immodica Fœnus vocetur: quod etiam accidit Germanico **Wucher**/ ſive **Woecher**. Uſuram enim ea voce propriè ſignificari tam certum eſt, quàm, quod non extat alia, quæ illam nativo ſenſu denotet. Nam **Intreſſen** vel **Renten**/ neutrum eſt Germanicum, è Latino utrumque corruptum, ac etiam alienæ ſiginficationis, molliendæ invidiæ cauſa, pro **Woecher** inventum. Nam **Intreſſen** notat ſolam compenſatoriam ejus quod intereſt: Et vox **Renten**/ ſinificat reditus, quos reddit ager aut domus aut alia res ex uſu fructuque ſuo, quem præſtat alii, contractè ex *Rendenten*. Sed auctoritatum hinc inde finis nullus foret. Ad rationes tranſeamus, quibus examinandis in *Prælection. ad h. Tit.* abſtinuimus; hic, ob inſtituti rationem, ſuperſedere non licet.

2. Ad auctoritatem ſacræ ſcripturæ, communis eſt reſponſio; prohiberi in illis uſuram duntaxat rodentem, mordacem, pauperes exhaurientem, immodicam, non quamlibet. Eo pertinere vocabulum נשך/ quaſi diceres *morſum*, quo ſacræ literæ uſuram appellant, à qua diſtinguatur תרבית/ *exſuperantia:* per quam uſura moderata ſignificetur. At hoc quidem refellit ex eo D. Matthæus, quod utrumque vocabulum apud Ezechielem *c.* 18. *v.* 8. conjungitur ad prohibitionem, ut & Levitici 25. *v.* 36. Pauperum quidem mentionem fieri *Exod.* XX. II. 25. & *Levit. d. l.* Sed reliqua loca *ſuprà* allegata non diſtinguere. Nec eſt, ut negari poſſit, Fœnus Hebræis inter ſe, penitus fuiſſe prohibitum; nec ſalva religione vel pietate licuiſſe Judæis ab ſe invicem percipere uſuras. Saltem adverſus alienigenas eam fuiſſe permiſſam conſtat, è *Deuteron.* XXIII. 20. Quæ res argumentum nobis diverſum reſpondendi præbet; Legem illam fuiſſe politicam, non moralem univerſam; ad ſtatum Reipubl. Hebraicæ, terreſtris populi, à negotiatione maritimâ remoti, accommodatam. Cujusmodi gentibus uſura ſemper, etſi levior, moleſta fuit, ut de Romanis veteribus aliiſque populis conſtat. Quemadmodum è diverſo, apud quas mercatura viget, his uſuram prope neceſſariam eſſe vario uſu compertum habemus. De Jure Naturæ non poſſe prohibitam videri uſuram, probat ſolide Grotius *Introduct. Jur. Holl. l.* 3. *c.* 10. rationibus à nobis occaſione reſponſionum ad argumenta ſuperius collcata promendis.

3. Succedit igitur ſecundum Matthæi argmentum, quod *Uſura ſit adverſa Chriſtianæ charitati.* Quod ſi verum eſt, totam eſſe repudiandam, nemo Chriſtianus negabit. Officium eſſe Juris Naturæ idemque Chriſtianiſmi, proximo egenti ſubvenire gratis, & quidem ut ipſam remittamus atque donemus ſortem, ſi nobis abundet, docet Chriſtus Dominus apud Lucam VI. 35. ubi, Δανείζετε μηδὲν ἀπελπίζοντες, *Mutuum date, nihil inde ſperantes*; quibus verbis, non uſuram quod illi volunt, prohiberi, ſed liberalitatem donationis inculcari, patet è *verſu præced.* Ἐὰν δανείζητε, παρ' ὧν ἐλπίζετε ἀπολαβεῖν, ποία ὑμῖν χάρις ἐςί; καὶ γὰρ οἱ ἁμαρτωλοὶ ἁμαρτωλοῖς δανείζουσιν, ἵνα ἀπολάβωσι τὰ ἴσα. *Si mutuo datis iis, à quibus ſpe-*

ratis vos eſſe recepturos, quam gratiam habetis? Nam & peccatores mutuo dant peccatoribus, ut TANTUNDEM recipiant. Intelligit vulgens Judæorum, quod ut uſuris ſecundum jus Hebraicum in Foro receptum abſtineret, liberalitatibus egentes non augebat. Cæterum, dare pecuniam hominibus ad exercendam mercaturam, ad emendos agros, uſusque ſimiles ſub lege moderati lucri, quid aliud eſt, quam ſpecies quædam ſocietatis? Quod ab eo qui pecuniâ à me acceptâ prædium emit & fructus inde percipit, uſuram capio, quis id charitatis legi contrarium ſtatuet, utcunque pecunia apud me otioſa futura fuiſſet? Pluribus id Grotius in *loco citato* confirmat. At rurſus idem ſubvertit in *lib. de jure B. & P. c. 12. n 20.* ubi verba ejus hæc ſunt; *Sed quicquid hac de re ſentire libeat, ſufficere nobis debet Lex à Deo Hebræis data, quæ vetat, Hebræos Hebræis pecuniam dare fœnori. Eſt enim hujus Legis materia ſi non neceſſaria, certe honeſta moraliter; Unde & aliis maximè moralibus annumeratur, Pſalmo, qui apud Hebræos eſt* XV. *apud Latinos* XIV. *& apud Ezechielem cap.* XVIII. *Quæ autem hujus generis ſunt, Chriſtianos quoque obligant, vocatos ad majora virtutum ſpecimina, & quæ tunc officia homini Hebræo, aut alioqui circumciſo (nam hujus cum Hebræo par cauſa erat) præſtare jubentur, ea nunc præſtanda ſunt homini cuivis, omni populorum diſcrimine per Evangelium ſublato, latiusque extenſo proximi intellectu: quod præter cætera oſtendit inſignis Chriſti de homine Samaritâ apologus.* Argumentum in his verbis duplex continetur. Primum, quod Leges divinæ politicæ, probabili honeſtatis ratione ſubnixæ cunctas obligent nationes. Alterum, quod diſcrimen inter Judæos aliaſque gentes per Euangelium ſit ſublatum: Cui implicitum eſt tertium; Quod Criſtiani omnes æque inter ſe fratres ſint, quam olim Judæi fuerunt. Imo quartum, quod Chriſtiani ad majora virtutum Specimina quam Judæi ſint vocati. Quod ad Primum attinet; Leges poſitivæ ad politiam Judaicam ſpectantes, quæ omnes probabili honeſtatis ratione nituntur, per ſe non obligant alios præter Judæos; quia Deo Nomothetæ non fuit animus, eas aliis præſcribere nationibus. Attamen ſi palam ſit, eandem exactè rationem aliis convenire gentibus, videntur hæ quoque teneri ad illius voluntatis à Deo promulgatæ obſervantiam. Si non prorſus eadem ſit ratio, manet poſitio prior; aliis gentibus non eſſe præſcriptam legem hoc ipſo, quod Deus olim ita locutus eſt; *Audi Iſraël.* Huc pertinet, quod Grotius, ex decimis, ad quas Levitis præſtandas Hebræi tenebantur, colligit, Criſtianis æque decimam redituum ſuorum in pios uſus erogandam eſſe; Dicere debebat, ad alendos augendoſque Paſtores Eccleſiarum, ſicut jure Canonico decimæ injunguntur. Atqui diverſa ratio eſt Levitarum & Epiſcoporum Eccleſiæ Chriſtianæ; quia Levitis decima in compenſationem ſuæ portionis de terrâ Chananis, cum eſſent una de XII. tribubus, adſignata fuit, cujusmodi nihil eſt in Paſtoribus hodiernis. Quod autem ad reliqua pietatis officia ſpectat, non minus prolixè Criſtianos hodiè teneri, quam Judæos olim, manifeſtum eſt; at ſine reſpectu ad decimam Levitarum: unde tamen Grotius rationem deducit. Hac re bene perceptâ, reliqua duo illius argumenta corruunt; Eſt enim ſane diſcrimen nationum, quod ad Charitatis attinet officia, ſublatum; non æquè diverſitas in ſtatu cujusque civitatis, quam ad fœnoris uſum pertinere demonſtratum eſt. Ad quar-

quartam ejus rationem aliàs reſponſum dedimus non eſſe verum, quòd veteres ante Chriſtum ad minorem virtutum obſervantiam fuerint obligati quam nos ſumus: quia tenebantur ad talem juſtitiam cui præmium & ſanctio legis, *Fac hoc & vives*, conveniret; quâ ſanctitate non potuit eſſe major. Sed hoc eſt verum, quo major Chriſtianis lux affulſit, eo majorem ab illis expectari diligentiam exhibendi gratitudinem pro beneficiis, à Deo acceptis, ſed ut Spes vitæ antiquis eadem quæ novis fidelibus proponitur, ita obligationem utrisque eandem injungi certum eſt.

5. Sed poſt hæc omnia, non negamus rationem Fraternitatis, quæ nunc eſt univerſalis, omnino cautiones illas exigere, quas Ameſius *in lib. 5. de Conſc. c.* 44. *n.* 19. in genere fœneratitio præſcribit; Primo cavendum, ne quid ultra ſortem exigatur ab egenis. Imo his ipſam ſortem eſſe remittendam *ſupra* monentem Dominum intelleximus. Proinde II. cavendum, ne lucri aviditas aliquem impediat à gratuitis mutuationibus & donationibus. III. Cavendus omnis exceſſus, nec totum, quod Legibus uſuque recepto licet, exigatur, verum citra illud ſubſiſtamus. IV. Remittendam eſſe uſuram ei, cui ſine culpa ſuâ, male ceſſit negotiatio, ad quam data erat pecunia mutuo; ſicut in locatione Conductione ſterilitas inexpectata facit locum remiſſioni mercedis. V. Spectandam in omnibus & ſingulis caſibus æquitatem & miſericordiam, denique. VI. declinandas eſſe calumnias & offenſiones, quibus fœnerandi inſtitutum apud omnes populos obnoxium eſt: & poſtremò deteſtandum videri fœnus trapeziticum vulgaris uſus, ut monuerat *n.* 5. quâ de re mox aliquanto latius. His rationibus argumento de Lege charitatis Chriſtianæ, quæ revera fundamentum hujus univerſæ diſputationis, minimeque ſpernendum Juris Studioſis, ſatisfactum putamu.

6. Tertium argumentum, à naturâ Mutui, quod mere beneficum & gratuitum ſit, petitum ac ita collocatum eſt *ſuperius*. Ad hoc ita reſpondet Ameſius *d. cap.* 44. *n.* 7. ut neget, Mutuum ex naturâ ſuâ eſſe gratuitum. Imo ille uſuram definit hoc modo, Lucrum ex mutuo quæſitum *vi ipſius Mutui d. cap.* 44. *n.* 1. ingenti ſolœciſmo Juridico. Nam Juris Auctores Mutui Naturam adeo ſtatuunt gratuitam, ut ſi quis expreſſe ſtipuletur undecim pro decem reddi, non niſi decem peti poſſint *l.* 11. §. 1. *d. Reb. Cred.* Nec ullam viam patiuntur excogitari, quâ mercenarii quicquam Mutui naturam, vel ejus actionem ingrediatur. Nec id tam ab ipſis excogitatum, quam ex Gentium jure videtur eſſe transſumptum. At enimvero poſterior uſus hominum non tulit, ut pecuniæ majoribus ſummis abſque lucro ſemper apud alios collocarentur. Proinde cum Mutui natura nullam ferret acceſſionem, ſeparatis conventionibus uſuras conſtituerunt. Quod Ameſium ita non diſtinguere, ſed conventionem, quæ Mutuo adjicitur, nec aliam habet cauſam, ipſi Mutuo adſcribere, facile ignoſcendum eſt: Quò facit hoc, quod, ſi maximè concedatur, Mutui naturam eſſe gratuitam, nihil aliud inde ſequatur, ait Ameſius, quam Mutuum, ſi non gratis fiat, tranſire in alium contractum, vel nominatum, vel innominatum, vel ſimplicem, vel mixtum aut duplicem. *d. cap.* 44. *n.* 7. Sit igitur Mutuum in ſe gratuitum, & ſeorſim accedat Uſura; nihil in ſummâ rei intereſſe palam eſt.

7. Quare

7. Quartum argumentum nihil aliud continet, quam hoc; Incommodum cujusque rei pertinere ad eum, qui fert commodum. Quid inde? Vis argumenti eſſe deberet hujusmodi; Nemo tert commoduin ex eâ re, cujus periculum ad alium pertinet, è caſu fortuito ſcilicet. At pecunia mutuo data periculo debitoris eſt: Ergo Creditor inde non poteſt percipere lucrum. Sed propoſitio falſa eſt. Nam uſufructuarius lucrum percipit ex ea re, cujus ad alium ſpectat periculum, *l. 5. l. 10 C. de Jur. Dot.* Quod etiam in locatione conductione ſæpe fit: nec tamen ea res impedit, locatorem inde percipere lucrum. Habet omnino cauſa lucri ex aliquâ re percipiendi ſeparatam à periculo rationem, Nam & ſi gratuitum rei noſtræ uſum aliis concedamus, periculum manet noſtrum. Ac ita lucrum eſt penes eum, qui expers eſt periculi. Sed excipiet D. Matthæus, Id fieri, volente domino; cum uſura; domino invito, percipiatur: Id enim argumento ejus, quod eſt numero *quintum*, continetur. Sed hujus adſumptio falſa eſt: Nam uſura quæſtuaria, nonniſi ex Conventione debetur: Quæ autem ex morâ ab invitis exigitur, ob pœnam tardæ ſolutionis infligitur; quam eſſe juſtam, ipſe D. Matthæus in *diſp. Miſcell. 7. n.* 3. ſtatuit: Etſi proculdubio, in hanc etiam conveniat limitatio; niſi ob paupertatem adverſamque fortunam debitor ad diem dictam ſolvere ſit impeditus.

8. Sextum argumentum à natura nummi petitum, habet ſpeciem, vim non habet. Nummo res omnes æſtimantur, Πάντα νομίσματι μετρεῖται, dictum Ariſtotelis, Ipſe non poteſt æſtimari. Imo nihil promptius & facilius æſtimatu eſt nummo; cum ipſe ſit æſtimatio æſtimata. Præter quod, uſus ejus æſtimatur, non ipſa pecunia: uſus autem pecuniæ non eſt nihil à pecuniâ diverſum. Exemplo ſit, uſusfructus rerum quæ utendo conſumuntur, quas inter eminet pecunia. Senatus Romanus fecit Inſtar Uſusfructus ex ejusmodi rebus: ut tametſi Fructuarius ipſas res conſumeret, tamen emolumentum ex uſu illo gratuito faceret Jus, quod appellant Quaſi uſumfructum. Idque emolumentum ex uſu illo rerum, quæ jam ipſæ deſierunt, civilem recipit æſtimationem, omnique die civiliter exercetur, idque ſine ullius contradictione vel iniquitatis argumento. Non eſt validius, quod à naturâ Nummi *ſeptimo* loco prolatum fuit, illum eſſe ὑπάλλαγμα τῆς χρείας, ut Ariſtoteles ait 5. *ad Nicom. c. 5. vicarium indigentiæ inſtrumentum*, ad comparandas res neceſſarias: Ergo non ad lucrum inde conficiendum. Ergone pecuniam duntaxat uſus neceſſarii cauſa habere licebit? Hoc inde quidem ſequitur. At cum abundantia nummorum prohibita non ſit; & cum nihil ad omnigenos uſus ſit aptius & expeditius nummo, quid ni per conventionem de partiendo lucro, abundantiam illam, ſalvo charitatis erga alios officio, procurare liceat? Quin nulla re melius conſpicitur Ariſtotelici uſus dicti, quo Nummus in *eod. cap.* vocatur, τῆς μελλούσης ἐνδείας ἐγγυητής, *Sponſor indigentiæ futuræ:* nec enim poteſt hæc melius, quam per moderatam uſuræ ſtipulationem, ſine læſione charitatis, ſponderi. *Octava* ratio adhuc à natura Nummi petita nimis placet ἀντιποιηταῖς: Quod pecunia ſit res ſterilis, quæ proinde nec fructum dare, nec parere poreſt, quod tam ſit per τόκον, *fœnus*, cui à τίκτω, quaſi *fœtus* nomen eſt inditum. Credo, ſi quis ſementem pecuniæ faciat, ſterilem illam repertum iri. Sed hominum induſtria

factum

factum eſt, ut nihil ſit fertilius, nihil fructuoſius pecunia. *Nona* ratio occupata jam eſt reſponſione, quam dedimus ad argumentum ſeptimum; qua uſum pecuniæ civiliter ab ipſa ſorte diſtingui poſſe atque ſolere probavimus. Denique, poſtrema objectio non niſi in Fœnus immoderatum & trapeziticum convenit, de reliquis & moderatis uſuris diverſa paſſim repugnat experientia. Poſtremo, quæ ſit Juris Canonici ſententia, poſtquam de Jure Divino abſolvimus, minus laborandum puto, & videri poteſt Mæſtert. *de Juſt. Leg. Roman. dub.* 21. Id equidem Molinæo, quem inſectantem audivimus Parladorium *loco citato*, adfirmanti facile credimus; Juris Pontificii Interpretes tot caſus, quibus lucrum de pecunia ſit licitum, excipere, ut ſatius foret, uſuram moderatam, nec in officia charitatis impingentem, ſtatuere licitam eſſe & permittendam. Nec ſcio, an multum ab hoc vitio abfuturus ſit Grotius, ſi poſitiones ejus, quibus negat uſuram committi, poſtquam jure divino prohibitam eſſe contendit, ad hypotheſin deducantur. Sic ait *in lib.* 2. *c.* 12. *n.* 21. *Obſervandum tamen eſt, eſſe quædam, quæ ad uſuræ ſpeciem accedant, ac vulgo uſura eſſe videantur, cum tamen pacta ſint generis alterius. Ut de repenſando damno; quod facit, qui pecuniam dat mutuam, eo, quod diu pecuniâ careat: item de lucro ob mutui dationem ceſſante, deducto ſcilicet incerto ſpei, & labore, qui ſubeundus fuerat. Sic etiam pro impenſis ejus, qui multis dat mutuam pecuniam, & in hoc paratam habet: & pro periculo amittendæ ſortis, ubi idoneè non cavetur, ſi quid exigitur, uſura verè non eſt &c.* Non puto, quenquam facile de Uſurâ in Foro convictum iri, cui ad talia ſe recipere licet, ut ſe expertem uſuræ eſſe probet. Ita adverſus Cenſuram, per ea quæ diximus, facile tuti eſſe videmur.

Papinianu XI, Reſponſor.

Uſurarum ſtipulatio, quamvis debitor non conveniatur, committitur. Nec inutilis legitimæ uſuræ ſtipulatio videtur, ſub ea condicione concepta, Si minores ad diem ſolutæ non fuerint. *Non enim pœna, ſed fœnus uberius juſta ratione ſortis promittitur. Si tamen poſt mortem creditoris nemo fuit, cui pecunia ſolveretur, ejus temporis inculpatam eſſe moram, conſtitit. Ideo, ſi majores uſuræ prioribus petantur, exceptio doli non inutiliter opponetur. l. 9. §. 1. d. Uſur.*

1. Hujus pacti uſus valde frequens incidit in Eunomicam dubitationem. Uſuras quincunces anno elapſo dare Spondes? Si non ſolveris intra menſem poſt annum, ſemiſſes dare Spondes? Hanc eſſe licitam pactionem, reſpondet Papinianus, redditâ ratione, quæ habet αἰτιολογίαν: *Non enim pœna, ſed fœnnus uberius, juſtâ ratione ſortis, promittitur*, inquit. An igitur pœnam addere non licet uſurariæ ſtipulationi, pœnam, quæ non excedat legitimum uſurarum modum? Nam ſi hunc excedat, nemo illicitam eſſe dubitabit, *h. l. 9. in pr.* Imo talis pœna licita eſt *l.* 44 *h. t.* Quid igitur hic? Magis eſt, ut conciſa locutio ſit, referens ſe ad id, quod in *pr ejuſdem L.* habetur, non eſſe pœnam, illam, quæ fraudem faciat juſto uſurarum modo, cum ſe intra legitimum uſuræ, licet uberioris, præſcriptum contineat. Nam eſſe pœnam, quando non ſoluta ad diem uſu-

uſura, gravior inſerenda eſt, probat *lex* 11. *h. t.* Hoc igitur ſepoſito, videmus, an juſta ſit eorum ratio, qui pactum hujus loci, inter ea quæ cavenda ſint genere uſurario, qualia ſuperius ex Ameſio habuimus, & quæ gravem odiumque ejus uſum demonſtrent, referunt. Ita multos in Foro opinantes, & ſi adverſus debitorem forte pactum illud valeat, in concurſu Creditorum eju non habendam eſſe rationem credentes, oſtendimus. Ex legis hujus ſententi tamen aliter ſtatuendum eſſe videmus; nec Judicem ejus effectum paciſcenti denegare poſſe, tenendum eſt. Neque tamen negari poteſt, aliquid ei nimis acre avidumque ineſſe, quo debitores ad uſuras ſolvendas nimis imperioſe adiguntur. Idque judicio communi, quod in æſtimatione officiorum humanitatis & charitatis haud temere aberrat, ita cenſeri videmus. Attamen ſi intra præſcriptum legis ſubſiſtat; ejuſmodi non eſt hæc Creditoris diligentia, ut penitus improbari, nedum à lege, vel à Judicibus nullo modo repudiari poſſit, ne quidem in diſputatione de Prælatione Creditorum. Etſi non ſim alienus ab eo quod ſupra attigimus, ſatius eſſe, ut Creditor hujuſmodi pœnalibus additamentis Uſuram in ſtipulationem deductam non adſtringat, vel intendat; *Cum offenſiones & calumniæ, quibus obnoxium eſt hoc genus contractuum, declinari ſemper debeant, quantum fieri poteſt:* verba ſunt Ameſii *in fin. d. cap.* 44.

Paulus Lib. ſingul. de Uſuris.

Fiſcus ex ſuis contractibus uſuras non dat, ſed ipſe accipit: ut ſolet à foricariis, qui tardius pecuniam inferunt, item ex vectigalibus. Cum autem in loco privati ſucceſſit, etiam dare ſolet. l. 17. §. 5. *d. Uſur.*

1. Satis habemus negotii, quo Privilegia Fiſco data, quibus jura privatorum ſæpe notabiliter occupantur & imminuuntur, cum Eunomia conciliemus, ut ne augendus ſit iſte labor, duplici gravamine & inæqualitate, qua dicitur hic Fiſcus uſuras à ſuis debitoribus capere, ſuis vero creditoribus eaſdem non ſolvere: Quo nihil iniquius; ſiquidem nihil eſt æquius, quam hoc Prætoris Edictum, Quod quiſque juris in alterum ſtatuerit, ipſe ut eodem jure utatur. Et quod tibi non vis fieri, id alteri ne feceris. Qui uſuras à ſe peti non patitur, qua fronte petit eas ab aliis? Duo ſingularia, tenent vulgo Doctores, non cadunt in eandem rem & perſonam: Hic non modo ſingularia, ſed etiam dura duo cumulantur. Uſuras enim jure communi receptas non præſtare, quas alii ſolvunt, ſingulare durum eſt; Eaſdem ab aliis & eadem cauſa exigere, ſingulare durumque & inverecundum eſt. Ac ideo non ſervari hanc L. moribus hodiernis, auctor eſt Groenewegius *ad h. t.* Pro reſponſione tenendum primò; Agi hic de uſuris ex morâ tantum, non ex ſtipulatione debitis, ut ex *præcedentibus* liquet: proinde, ſi quas promiſerit Fiſcus, ad eas ſine dubio tenebitur, Dein, Fiſcum teneri ad uſuras, quatenus privato ſuccedit ejuſque jure utitur, ut eſt *in fin h.* §. Præterea, quod Fiſcus accepit ex mora uſuras à ſuis debitoribus, ordinarium eſt, nec eget defenſionis: ſolum quod ipſemet eas non præſtat, aliquid patrocinii deſiderat. Haud tamen longius petendum, quam reliquis ejus privilegiis opus

Digitized by Google

opus eſt: A naturâ dominii eminentis, quod habet Civitas in bonis privatorum: Qui pati debent, ut privata commoda cedant publicis: idque tacito civium conſenſu receptum intelligitur. Moram aliquam à Fiſco & Ærario Privati modicè & modeſtè ferre debent, beneque ſecum agi putare, quod citra longiorem moram ſortem ipſam debiti ſui integram adipiſcuntur. Quod nemo, τῷ νῦν ἐνθυμῷ ut loquitur Plato, ut nunc ſe res ſe habent, vel ut olim habuerunt, ægrè ferendi cauſam habere ſe crediderit. Quæ ratio publicæ utilitatis & neceſſitatis tam prægnans eſt, ut non patiatur urgere juris Naturalis regulam, quâ Fiſcus idem jus adverſum ſe, quo adverſus alios utitur, admittere debeat. Ubi par utriusque partis eſt ratio, iſta valeat regula: non ubi tam late patet, ac inter privatos & Principem diſcrepantia. Quod autem Groenewegius de uſu hujus loci abrogato Mornacium auctorem laudat *ad h. l.* nihil eſt. Is enim ibi de uſuris à Fiſco è ſpeciali ſtipulatione debitis loquitur, de quibus in hac L. non agi jam diximus. Nec adeo de Moribus in univerſum fides Cenſori habenda videtur. Quid ſint foriearii hac L. vel, ut alias legitur, *fornicarii*, vide Gotofred. *hic*, & quos ille citat.

Marcianus Lib. xiv. Inſtit.

Placuit, ſive ſupra ſtatutum modum quis uſuras ſtipulatus fuerit, ſive uſurarum uſuras; quod illicite adjectum, pro non adjecto haberi & licitas peti poſſe. l. 29. d. Uſur.

1. Poſitiones Artis bene compoſitæ ſecum invicem convenire debent, nec Æquitas aut humanitas ſola facit Eunomiam. Ratio quoque & juſta connexio requiritur; qualis non videtur eſſe inter has poſitiones; Uſura ſortis mutuo datæ eſt licita. Uſura Uſuræ non eſt licita. Quid enim? Uſura mihi debita numquid eſt pecunia, & quidem pecunia optimo jure ad me pertinens? Quid ni igitur pro uſu hujus pecuniæ perinde liceat uſuram capere, quam pro uſu cujuslibet alterius pecuniæ? *Medium concludendi utrobique eſt idem*, inquit D. Wiſſembach *th. 4. b.* Argumentum in formâ ſit hujusmodi; Pecuniæ jure alicui debitæ poteſt uſura conſtitui. Uſura eſt pecunia jure alicui debita. Ergo uſuræ poteſt uſura conſtitui. *Finge*, pergit D. wiſſembach, *A quinquennio mihi debes uſuras ſortis: quas ſi ſtatis temporibus mihi ſolviſſes, fœnori eas collocaſſem apud Sempronium. Si ergo apud alium eſſent ſortis loco, quid ni & apud te?* Ad hanc difficultatem reſpondet idem Vir Cl. per hujusmodi inſtantiam, quod per fortiorem, ratio vincatur infirmior. Leges, quæ uſuras uſurarum damnant, fortiori nituntur hac ratione, quod *Acceſſionis non ſit acceſſio l. 1. d. Uſu & Uſufr.* Uſura autem eſt acceſſio *Rub. de uſur & fruct.*

2. Sed vereor ut hæc ratio dialectica, primo, vera ſit; & dein, an validior ſit, quod prior à nobis expoſita. Nam ſi natura rei non repugnat, acceſſionis relativa qualitas nihil ad rem pertinet. Quid enim vetat, cum fœtus ovium ſit in fructu, iisque fœtus iterum ſint lanigeri, *§. in pecudum fructu 37. I. de Rer. diviſ.* eundem & oves ex ovibus, & lanam ex ovibus ovium jure fructus perci-

pere? Mercedes agrorum & domuum ſunt fructus & acceſſiones prædiorum *l.* 3 *h.t.* Et tamen ob moram uſuræ ex illis debentur *l.* 17. §. 4. *h. t.* Uſuræ autem ſunt fructus aut vice fructuum *l* 34. *h. t.* Ergo Acceſſionis non tantum eſt Acceſſio, ſed & ejuſdem generis acceſſio. Non eſt igitur, ut illas poſitiones eo modo conciliemus, aut uſuras uſurarum è dialectica Juridicâ refellamus, ſed ad æquitatem recurrendum eſt. Imo vero & hæc ipſa favere videtur uſuris uſurarum, ut demonſtrat idem D. wiſſembach. Fonamus, *inquit*, præterea; inopia modo debitorem laborare, nec habere, unde Sortis uſuras ſolvat, ideoque cogi aliunde ſub gravioribus uſuris mutuari pecuniam, quod Ciceroni eſt verſuram facere, quâ primo creditori ſolvat uſuras minores: An non ſatius eſt, uſuras uſurarum concedere, in quibus minor eſt jactura, quam in ejusmodi verſurâ? Sic wiſſembachius. Sed ego cauſam Æquitatis aliunde peterem, ut & deſineret in publicam utilitatem. Legiſlator Romanus ſummam merito curam habuit, ne familiæ diſſipentur, ut domus conſiſtere poſſint; quod in primis inde pendet, ſi homines coarctatis fortunis non impellantur & opprimantur, ſed quantum pote, ſubleventur. Qui autem pecunias fœnori quærunt & accipiunt, nec uſuris deinde ſolvendis ſufficiunt, hi manifeſto rebus in anguſtis verſantur: Quibus proinde conſulendum eſſe, ratio publicæ utilitatis dictat, etiam contra ſubtilitatem & rigorem juris ordinarii. Nec valent dialecticæ rationes Juris ad hanc humanitatis ac utilitatis publicæ conſiderationem infringendam. Concedimus, uſuras uſurarum diſputando per conſequentiam Juris facile ſuſtineri poſſe. Verum pertinet hæc res ad uſum Juliani ſententiæ, quam is habet in *l.* 51. §. *ult. Ad L. Aquil.* Multa jure Civili, contra rationem diſputandi, prò utilitate communi recepta eſſe, quod innumerabilibus exemplis probari poſſe adfirmat.

Modeſtin Lib. 18. Reſponſ.

Ab Aulo Agerio Gajus Sejus mutuam quandam quantititatem accepit hoc chirographo: Ille ſcripſi, me accepiſſe & accepi ab illo mutuo & numeratos decem: quos ei reddam Kalendi illis proximis cum ſuis uſuris placitis inter nos. quæro, an ex eo inſtrumento uſuræ peti poſſint; & quæ. Modeſtinus reſpondit, ſi non appareat, de quibus uſuris conventio facta ſit, peti eas non poſſe. l. 41. §. *fin. d. Uſur.*

1. Multum hic locus non tantum paradoxi, ſed etiam παράλογυ, contraque uſum Fori indubitatum habere videtur. Uſitatius enim nihil eſt, quam ut chirographa ſcribantur hac adjectione, **met behoorlijcke Intreſſen.** Nec cuiquam in mentem venit, dubitare, quin ex ejuſmodi verbis peti poſſint uſuræ cum effectu. Quod tamen negat hic Modeſtinus, expreſſam uſuræ quantitatem requirens. Idemque Ulpianus *in l.* 31 *h. t.* nullius momenti uſuarum mentionem eſſe docet, *niſi modus certus adjiciatur.* Quod cur ita, ubi modus uſurarum lege præſcriptus extat, recipiendum ſit, ratio nulla eſſe videtur. Ideoque moribus hodiernis, hanc Veterum ſententiam non eſſe receptam, docet Groenewegius *ad hanc L.* Et innuere videtur, id ex ipſo Jure Codicis *l.* 26. *d. Uſuris*

quâ

quâ modus uſurarum, juxta ſingulos hominum ordines, conſtitutus & definitus eſt, videri eſſe mutatum. Sed cum ibi tantum, quales & quantas ſtipulari liceat uſuras, ſit conſtitutum, cum productione modi illius ad caſus: *in quibus ſine ſtipulatione debentur uſuræ*, non video, cur in imperfectâ ſtipulatione jus diverſum, ab eo, quod hic traditur, ſtatutum videri oporteat. Imo, quod in Foro ſecus obtinere dicitur, operæ pretium eſſe putem, examinari è ſingularum Statutis Gentium, an ita ſe habeat; an non errore aliquo pragmatico potius, quam certa Juris interpretatione recepta ſit diverſa opinio. Quod nominatim de verbis Statuti Friſici *lib. 1. tit. 9. art. 3.* exiſtimaverim. Verba ſunt hæc: *ubi uſuræ non ſunt promiſſæ, ibi computatio fit ex morâ, proportione ſeptenariâ de Centum in anno:* quæ proportio dein redacta eſt ad Quinque de Centum. Hinc ſæpe duas collectiones vidi factas, Unam hanc; In omnibus cauſis generaliter, nullâ uſurarum ſtipulatione factâ, præſtandas eſſe uſuras ex morâ, etiam in contractibus ſtricti juris, quomodo & Wiſſembachium noſtrum eſſe opinatum & Friſicam legem interpretari ſolitum eſſe alibi adimadvertimus. Alteram, Quod, ubicunque facta fuerit uſuræ mentio, ſed omiſſâ Quantitate, ſemper intelligendæ ſint Quincunces uſuræ, ſicut olim ſeptunces. Quod ad primam attinet collectionem, nimis illa procul abeſt à ſanâ ratione, præſumptâque Ordinum Friſiæ mente, qui Jus civile religioſe cuſtodiunt, ut uſuræ ex morâ voluerint introducere, ubicunque promiſſæ non fuerint, adeoque in ſtrictis etiam contractibus. Nihil in illis verbis indicant, quam quod Imperator in *d. l. 26.* modum uſuræ Statuto præſcriptum, quam ſtipulari liceat, etiam in his quæ ex mora debentur, obtinere. Senſus igitur verborum eſt; Modum præſcriptum ad uſuras ex ſtipulatione ſpectare: Ceſſante Stipulatione, cauſam uſurare ſecundam eſſe Moram, in quâ ſervanda ſit, taxatio ſeptuncium uſurarum; quæ lege recentiori in Quincuncem mutata fuit. Et hæc quidem pars interpretationis non multum habet difficultatis; nec enim in Foro noſtro dubitatur, quin uſura in contractibus ſtrictis ex ſtipulatione, vel litis conteſtatione, non etiam ex morâ extrajudiciali obtineat.

2. Altera poſitio, quod ubi uſuræ ſunt promiſſæ, Quantitas autem expreſſa non eſt, debeantur uſuræ legitimæ, ſeptunces vel quincunces, non magis eſt in verbis hujus Statuti, quam in *d. l. 26.* Modus ille pertinet ad uſuras, quarum cauſa eſt perfecta, Stipulatio ſcilicet, aut Mora. Sed Ulpianus & Modeſtinus in eo ſe fundare videntur; quod Stipulatio uſuræ ſine expreſſa quantitate, ſit imperfecta Uſuræ cauſa & proinde nulla. Cui accedit, quod ut Uſura quidem licita, ſic tamen non eſt favorabilis, ut adjuvanda ſit interpretatione: Supplendumque ſit ultro, quod ad petitionem inſtituendam eſt neceſſarium. Exiſtmo igitur, quod hæc *l. 41. §. ult. & l. 31. h. t.* ſtatuunt, aliter ſe non habere moribus hodiernis, neque noſtris profecto Statutis: Verum enim vero non faciant hæc ut dicendum ſit, ſtipulationem ejuſmodi, qualem diximus, uſurarum, met behoorlijcke Intereſſen / iſtarum legum argumento inutilem videri. Quid enim aliud ſibi volunt iſta verba, quam ſi dicas, *cum legitimis?* In quibus ne quidem jure Civili ad petitionem uſurarum quicquam deſiderari crediderim; poſtquam legitimæ uſuræ, ſecundum ordines hominum & nego-

Digitized by Google

negotiorum *d. l. 26.* accuratè definitæ ſunt. Nec obſtat, quod in his legibu habetur. non valere ſtipulationem, niſi modus uſurarum ſit expreſſus: Hoc enim de caſibus ibi collocatis, aut ſimilibus accipiendum. Atqui Ulpianus habet caſum, ſi adjecta ſint ſtipulationi hæc verba; *Et uſuras, ſi quæ competierint:* Quæ cum ne uſuras quidem in genere ſtatuant, ſed tantum in conditione ponant, non eſt mirum, ex ejusmodi formulâ, nihil peti poſſe. Modeſtinus habet ita *cum ſuis uſuris placitis.* Quæ ſimiliter referunt ſe ad id, quod de uſuris placuerit. Quod cum non liqueat deinceps, non poteſt etiam fieri, ut actio inde certa competat. Ideoque Leges iſtæ non modo cenſuræ nihil merentur: Sed nec ad caſum propoſitum concluſio illarum pertinere videtur.

Papinianus Lib. III. Reſponſ.

Pro operis ſervi trajecticiæ pecuniæ gratiâ ſecuti, quod in ſingulos dies in ſtipulatum deductum eſt, ad finem centeſimæ, non ultra duplum debetur. In ſtipulatione fœnoris, poſt diem periculi ſeparatim interpoſita, quod in ea legitimæ uſuræ deerit, per alteram ſtipulationem operarum ſupplebitur. L. 4. §. 1. d. Naut. fœn.

1. Pro pecunia, creditoris periculo navigantibus mutuo data, licuit olim uſuras ſtipulari & capere in infinitum, uſque dum navigaret navis & pecunia creditoris eſſet periculo. teſte Paulo *lib. 2. ſent. tit. 17. §. Trajectitia*, donec Juſtinianus eam ad Centeſimam reduxit *in l. 26. C. de uſur.* Unde igitur in hoc §. *ad finem centeſimæ*, reſtringitur uſura talis pecuniæ *plus trecentis ante Juſtinianum & d. l. 26. annis?* quod eſt primum Cenſuræ argumentum. Plura ſequentur. *Id*, ait Cujacius *ad h. tit. 17. Tribonianum ex Juſtiniani Conſtitutione addidiſſe puto.* Sed retractat hanc conjecturam *lib. 5. Obſervat. c* 38. poſtquam animadvertit, hanc uſuræ ſtipulationem pro ſervi operis reſpicere ad tempus, quod diem periculi ſequutum eſt: quo tempore locus eſt ordinariis uſuris, quæ tempore Papiniani finem habebant in Centeſimâ. Hoc enim ſenſu *Fini* vocabulum adhibet etiam Papinianus in *l. 17. §. 1. d. Caſtr. pecul. & l. 42. §. 1: d. Solut.* Quod autem additur, *non ultra duplum*, id agnoſcit genuinum Cujacius, idque illuſtrat Ægyptiaca Lege vetere, quam Diodorus Siculus in *lib. 2.* commemorat, τοὺς μετὰ συγγραφῆς δανείσαντας ἐκώλυε διὰ τοῦ τόκου τὸ κεφάλαιον πλέον ποιεῖν ἢ διπλάσιον. *Eos, qui mutuas cum chirographo dant pecunias, vetuit, ſortem per fœnus auctiorem facere duplo.* Sed Hotomannus *lib. 5. obs. c. 17.* haſce voces *non ultra duplum*, tollendas arbitratur; quia non habent civilem ſenſum. Nam uſura Centeſima non æquat duplum, niſi poſt centum menſes, id eſt, annos octo & amplius menſes quatuor. At quomodo ſervus, qui exigendæ pecuniæ & uſuræ cauſa à Creditore in nave collocatur, pro cujus operis hæ ſunt uſuræ, poteſt ſequi navigantes eâ gratiâ, poſt tempus, ad quod credita fuit pecunia, in annum uſque nonum? Non habet ea res facultatem in κερμακολέθῳ, quâ voce Græci talem ſervum deſignant. Ideoque gloſſator aliquis illud de duplo adjeciſſe videtur, vel potius ipſe Tribonianus, quia Baſilici hæc verba ſuis in libris habuerint, Μέχρι τῆς ἑκατοστῆς, οὐχ' ὑπὲρ τὸ διπλοῦν. Etſi inter Tribonianum & Baſilicos cum tria ſecula inter-

interceſſerint, neceſſe non ſit, hunc errorem, vel ἔμβλημα impetitiæ, ſoli imputare Triboniano. Putavit gloſſator, ait Hotomannus, verbis *ad finem*, ſignificari tempus, quaſi dixiſſet Papinianus, non licere ſtipulari uſuras, niſi ad finem centeſimæ penſionis; Idcirco adjecit, in margine, *non ultra*; Quod alius forte non intelligens adjecit adhuc *duplum*. Quia ſtipulatio uſuræ ultra duplum extendi non poteſt *l.* 26. §. 1. *C. de Uſur.* Hæc aliaque adſtruendæ conjecturæ atque cenſuræ ab Hotomanno cumulata, nituntur remotione hujus abſurdi, *quod nemo unquam* poſt repertam navigandi artem κερμανόλυθον, *in expectanda poſt diem periculi pecuniâ, & debitore adſectando, in annum uſque nonum apud navem moram traxerit*, ſunt verba ejuſdem Hotmanni.

2. Videamus, an hæ res ita neceſſariò, quemadmodum vel Cujacius, vel Hotomannus volunt, intelligendæ ſint: faciemus autem quod ſoliti ſumus; In Legis verba ſemotis commentariis, intuebimur. Quid ſi autem hæc ejus ſententia ſimplex & clara ſit? Creditor, qui nautæ mutuo dedit notabilem pecuniæ ſummam, periculo ſuo, ut, ſi navis periret, ſors ipſi periret; addidit nautæ ſervum κερμανόλυθον, qui animum negotiationi uſuræque adverteret. Pro ipſa pecunia trajectitia ſtipulari potuit uſuras in infinitum, ut Paulus *d. l. ſent.* docet, ſed pro ſervi operis non poteſt excedere centeſimam finem uſuræ veterem ordinariæ, nec ea poteſt ultra duplum adſurgere; Ideoque poſt annos octo, menſes quatuor, hujus uſuræ curſum ceſſare oportebat. Adeone id impoſſibile eſt, ut ſervus idem in annum uſque nonum apud eandem navem commoretur, ut Hotomanno videtur? Non dixerint nautæ Batavi, ne Friſii quidem, id nunquam eſſe factum, nedum poſſe fieri, quod ſæpe fieri conſtat, etiam in longius. Sed inſtat Hotomannus, id non eſſe veriſimile, poſt diem periculi, quod creditor in ſe receperat elapſum, fieri: Ubinam hoc in textu, poſt diem periculi? Puto ſervum fuiſſe additum navi, & ſtipulationem uſuræ pro ejus operis factam, habuiſſe uſum, durante periculo pecuniæ trajectitiæ. Nam quod in ſequente periodo habetur, de *poſt diem periculi*, ad hunc caſum qui præcedit, non pertinet. Hoccene fieri non poſſe dicemus, ut pecunia trajectitia, creditoris periculo, in plures annos apud eundem nautam relinquatur? Imo nihil uſitatius. Et hoc ſi verum eſt, ſicut nihil obſtare videmus, nec prior neque poſterior Cujacii obſervatio vera eſſe videtur; cum prima nitatur hac hypotheſi, quod uſuræ ſtipulatio facta ſit pro pecunia trajectitia: Cum ſit pro ſervi operis, qui navem trajectitiæ pecuniæ cauſâ ſequebatur; cujus ſeparatam eſſe rationem ab ipſâ pecuniâ, exiſtimo. Nec quod de infinitis uſuris pecuniæ trajectitiæ cauſa ſingulariter receptum fuit, ad operas ſervi pecuniis additi, productum fuiſſe credendum eſt. Poſterior interpretatio Cujacii habet eandem cum Hotomanno hypotheſin, quod hæc ſtipulatio uſurarum poſt diem periculi concepta fuerit; quod nec inquam, è textu, nec è naturâ negotii liquet. Tertia Hotomanni hypotheſis, de morâ octennali τοῦ κερμανολύθου ſervi apud eundem nautam, occupata jam refutata eſt. Ita vehementer fallor, aut ſurſus verum eſt; τὸ ἀμαθέστερον, σαφέστερον.

3. Cæterum, Quod jure veteri obtinuit, ut trajectitiæ pecuniæ, teſte Paulo, licita fuerit uſura in infinitum, reſpectu periculi, quod Creditor præter natu-

ram

ram Mutui ordinariam fert, à Juſtiniano redactum atque reſtrictum ad Centeſimam, hodiernis tamen moribus ad uſum veterem reductum eſſe teſtantur pragmatici; vocabulo *infiniti* civiliter accepto, de eo, quod finem certum non habet, ſecundum ea quæ à nobis dicta ſunt in *Prælect. ad h. Tit. n. 2. b.* E quibus etiam reſponderi poteſt, ad cenſuram, ſi quis eam intentet huic infinitæ uſurarum licentiæ, nominatim ad id, quod Plutarchus Ciceronem præfert Demoſtheni *in Compar. vit. utriuſque*, eo quod hic *ἐπὶ ναυτικοῖς ἐδάνειζε*, *pecuniam exerceret trajectitiam*; quâ de re diximus ad *Prælect. d. Tit. in pr.*

4. Plus negotii fuerit, enormitati Uſuræ Trapeziticæ, quam hodie in noſtris Civitatibus auctoritate publicâ exerceri videmus, & cujus ſupra aliquam *remiſſive* mentionem habuimus, patrocinari. Addere aliquid dictis viſum fuit, quando & Vir Cl. Johannes Andreas Vander Meulen in *Tract. de Jur. Poli, ſive de For. Conſc. part. 3. Qu. 5.* ſuum illi inſtituto patrocinium noviſſime commodavit. Eſt autem hoc genus Uſuræ Trapeziticæ pignoratitium, in uſum maximè paupeperum, duntaxat eorum, qui inanguſtiis rei pecuniariæ verſantur, atque ad inopiam vergunt. Hi pignora dant cuſtodienda trapezitis pro ſecuritate nummorum, quos Mutuo accipiunt, ac inſuper uſuras, cum minimum, ſolvunt duodecim, imò viginti & quandoque triginta pro centum annuæ proportionis, idque Magiſtratuum decreto muniti inſtituunt. Hujuſmodi uſuram non poſſumus non exiſtimare, impingentem in fundamentale requiſitum, quo meritum hujus Quæſtionis nititur, charitatis Chriſtianæ; Cum nulla periculi, vel compenſationis, quæ mutuum accipientibus imputari queat, ratione ſublevatur: Ideoque nobis eam probare tam eſt religio, quam in Republica Chriſtiana ferri poſſe credimus ἀνεπιτίμητον ἁρπαγὴν, ἀναίσχυντον πλεονεξίαν, ἀναιδῆ ἐμπορίαν, πραγματείαν λόγον μὴ ἔχουσαν, quæ ſunt verba Suidæ de negotio non diſpari; *Publicanorum Rapacitatem permiſſam, impudentem avaritiæque plenam negotiationem, computationem ſine ratione.* Sed in contrarium Vir Conſultiſſimus: *Exiſtimo*, inquit, *fænus trapeziticum eſſe licitum, primo, quia percipitur Magiſtratus auctoritate, cui trapezitas conſtituere, jus competit, quique ipſis Leges exigendi præſcribit.* Ad hoc eſt reſponſio, Magiſtratus imperio non poſſe Leges Charitatis infringi, nec quod in ſe turpe eſt, licitum honeſtumque fieri. Habet quidem Summa Poteſtas Eminens dominium, cujus vi de privatorum fortunis inæqualiter diſponere poteſt: ſed primo, Magiſtratus non habent illud dominium eminens: Et quando ſumma poteſtas hoc facit, ſine causâ juſta, tunc illa facultas eſt jus externum, quale Prætor facit, quando iniquè decernit *l. 11. d. Juſt. & J.* jus Achabicum, cui quidem reſiſtere nefas, ſed execrandum eſt. Trapezitæ vero ſive menſæ Lombardicæ, in quibus ſine periculo, pignoribus depoſitis, Uſura enormis ab hominibus coarctatis exigitur, juſtâ ratione manifeſto deſtituuntur, & charitatis officia deſtruunt: Ideoque ſi à conceſſione Magiſtratuum jus illis adſcribendum ſit, non poteſt hoc aliud eſſe jus, quam quod obligat ad patientiam, non quod excuſet eos, quorum activæ partes ſunt in juris illius exercitio. His ita perceptis, ut apertè ſe produnt, labitur inſtantia Viri Cl. in his verbis: *Quod ſi itaque Magiſtratus per Leges Juris divini*

divini & Naturalis talem menſam exercere poteſt, *nil obſtat*, *cur non idem exercitium homini privato*, *nomine ipſius Magiſtratus facere liceret*: *perſonæ enim mutatio actum in ſe licitum illicitum reddere nequit.* Sed negamus adſumptionem, ſcilicet, in Magiſtratibus hanc uſurariam exactionem eſſe licitam, ut dictum: Quis enim jure divino vel naturali licere dicat hoc inſtitutum Magiſtratibus, ut hæc vult exceptio, quod tam enormiter in leges charitatis impingit? Eſt tamen alia majoris inſtantia ponderis, quam ſubjicit Vir Cl. *Si ergo peccarent tales trapezitæ. oportet quoque ipſum peccaſſe Magiſtratum*, *quod tamen inſtitutum in Magiſtratibus à nemine improbatum ſcio.* Imo qui rem improbat, nihilo magis in Magiſtratibus eam laudare poteſt, quam in ipſis menſulariis, ut nos jam indicavimus. Verum eſt, in magiſtratus non ſtringi Cenſuras conſiſtoriales: ſed hoc magis eo, quod rem vident extra facultatem effectus & virium ſuarum, ita conſuli puto, quam quod è diverſitate perſonarum jus variare ſtatuant. Magis eo quod nolunt palam fieri, quibus vitiis impar ſit Eccleſiæ diſciplina, quam quod Magiſtratus ſocietate iniqui inſtituti non putent inquinari. Pergit Vir Cl.: *Ipſa præterea negotiatio, uti Magiſtratuum ita & Trapezitarum cauſæ maxime patrocinatur*: *Quod enim fænebrium menſarum exercitium*, *non ſit actus intrinſecè & naturâ ſuâ malus*, *vel inde evidenter ſatis probatur*; *quod ex antecedenti conſtat*, *uſurarum exactionem*, *in quâ illud exercitium principaliter conſiſtit*, *ſimpliciter in ſe malam non eſſe*, *nequidem ſecundum forenſes Moſis Legis.* Atqui totum uſuræ negotium pendere à charitatis obſervantia, dictum eſt abunde *ſuperius.* Menſæ publicæ inſtitutum ſi in uſum pauperum nulla vel leviſſima uſura conſtitueretur, id nemo non laudaret. Exceſſus & enormitas uſuræ, quæ in eſt huic in Quæſtione, ſuppoſita & expreſſa fuit, totum hujus controverſiæ meritum conſtituto, efficit ut Uſura Trapezitica, ſicut in noſtris civitatibus exercetur, illicita & nefaria ſit. Quo magis miror, Virum Vl. qui menſas numulariorum publicas, ut ſunt hodiè, atque uti ſuprà deſcriptæ ſunt, intelligit, his verbis ad earum defenſionem uti: *Præterea*, *hoc fænus*, inquit, *percipitur ex juſtis titulis*, *puta*, *pro lucro ceſſante*, *damno emergente & ſortis periculo.* Quas ego quidem noverim, menſæ ejusmodi publicæ in Belgio à privatis auctore Magiſtratu exercitatæ, quæſtus cauſa ab hominibus id ex profeſſo agentibus exercentur, ſine ullo diſcrimine lucri alterius juſti aliunde ceſſantis; vel damni illis ob hoc mutuum inflicti; nec quidem ullo ſortis periculo: quod nullum eſſe, ubi pignora creditum valore ſuperantia deponuntur in ſecuritatem mutuantium, palam eſt, ut ſemper à Trapzitis in Belgio fieri conſtat. Denique, nec id illis juſtum dat patrocinium, quod deducto vectigali Magiſtratibus dari ſolito, & ſumptibus in exercendis ejusmodi menſis neceſſario faciendis, computare poſſint uſuras haud multum ultra legitimas adſurgentes. Nam vectigal, quod Magiſtratus percipiunt vitium totius inſtituti participat, quod Trapezitas illud lucrum Magiſtratibus condicentes, abſolvere vel excuſare non poteſt. Imo labes illa Reipubl. noſtræ pudenda videtur, quod reditus publicos Civitates è ſudore lacrymisque pauperum adfectant. Nihil ejusmodi ex omni vetuſtate pagana, Judaica, vel Chriſtiana proferri poteſt, opinor; cum longe major antiquis Civitatium Rectoribus cavendi cura fuerit, ne familiæ exhaurirentur, ne-

ve pauperes fœnerantium prædæ expoſiti ad mendicitatem redigerentur: qu
nulla re liquidius & inclementius, quam per hoc inſtitutum, fieri videtur.

Scævola Lib. VI. Reſponſ.

Periculi pretium eſt, & ſi, condicione quamvis pœnali non exiſtente, recept rus ſis, quod dederis, & inſuper aliquid præter pecuniam: ſi modo in aleæ ſpeci non cadat. Veluti ea, ex quibus condiciones naſci ſolent ut, Si manumittas ſi non illud facias, ſi non convaluero, *&c. Nec dubitabis: ſi piſcatori er gaturo in apparatum, plurimum pecuniæ dederim; ut, ſi cepiſſet, redderet:* [illegible] *athletæ, unde ſe exhiberet, exerceretque; ut, ſi viciſſet, redderet. l. 5 in pr. Naut. fœn*

1. Textus Eunomiæ gravis! in quo decem vel undecim mendas agnoſcit d monſtrat, & tollit Hotomannus *lib. 5. obſ.* 12. etſi quatuor contentenius eſt vir D. A. Matth. *diſp. ad ff.* 30 in *corol.* Videamus & ſequamur verba Juris Co ſulti, ut quid rei ſit cognoſcamus. *Periculi pretium eſt*, inquit. Agitur in h titulo de *pretio periculi*, quod Creditor fert in pecunià trajectitià, quæ pro terea recipit uſuram maximam. Cujusmodi pretium periculi locum & in al Contractibus habere poſſe, docet hoc loco Scævola, velut *ſi conditione, qua vis pœnali non exiſtente, recepturus ſit, quod dederit, & inſuper aliquid præ pecuniam.* Quoties aliquis dat pecuniam, ut, ſi Titius Conſul factus non fu rit, ſi navis ex India venerit, eam perdat; ſi vero Titius Conſul factus non fu rit, ſi navis non venerit, eam recipiat, cum incremento quamlibet magno v let conventio. Pretium periculi, quod fert Creditor ab eventu conditionis, ea facile ſuſtinet: Idque licet conditio *pœnalis* ſit, qualis eſt, ſi opera promiſſa interveniat, ut eſt, ſi gubernator non duxerit navem in portum, ſi athleta n vicerit. Etſi enim de talibus aliquanto plus dubii ſit, quia non eſt merum in periculum, ſed culpæ mixturam habent, tamen, quia periculum prævalet talibus, idem quoque periculi pretium in illis obtinere placuit. Pergit Scæv la, *ſi modo in aleæ ſpeciem non cadat.* In his verbis hæret expoſitio: Nam q magis negotium incidit in aleæ ſimilitudinem, eo majus eſt periculi pretiu eoque magis incrementum recipit infinitum. Cui difficultati accedit, quod e empla ſubjecta cum hac exceptione non cohærent: Nec enim hæ conditione *ſi non manumittam, ſi non illud facias*, in aleæ ſpeciem cadunt, cum in poteſt te ſint ejus, cui pecunia datur, hæ conditiones. *Si non convaluero* eſt quide ex parte fortuita, ſed non talis, cui additamentum pœnale conveniat. Vide igitur, ne levi mutatione legendum ſit ita; *ſi modo in aliam ſpeciem non cada* quam & Gotofredus Hotomanno adſcribit, ego in illo non reperi, ſed alite ut videbimus. Accurſius tamen ita legiſſe videtur ex Gl. Qualis autem *alia* Sp cies intelligatur, patet ex eo, quod ſequitur; *veluti ea, ex quibus* condition *naſci ſolent*; Legendum *condictiones* haud dubiè Intelligit autem condiction cauſa data, cauſa non ſequuta. In quibus non eſt ejusmodi ſimilitudo pecuni

traj

trajectitiæ, nec pretium periculi adjectum: Verum, ſi cauſa, propter quam data eſt pecunia, impleta ſit, negatur repetitio è natura contractus innominati; ſi vero non ſit impleta, repetitio datur, ſine incremento ratione periculi, quod hic non fuit ſuſceptum, nec venit in æſtimationem. Ita ſenſus his verbis conſtat: *ſi modò in aliam ſpeciem non cadat; veluti ea, ex quibus condictiones naſci ſolent, ut ſi manumittas, ſi non illud facias, ſi convaluero, & cætera.* In his ſpeciebus argumentum trajectitiæ ſimile pecuniæ non habet locum, ſed repetitio ſimplex datur, aut negatur. Sequitur in textu; *Nec dubitabis, ſi piſcatori erogaturo in apparatum plurimum pecuniæ dederim, ut, ſi cepiſſet, redderet. Et athletæ, unde ſe exhiberet exerceretque, ut ſi viciſſet, redderet.* Sunt hi caſus indubitati Scævolæ: nec tamen deſunt qui dubitant, nec dubitandi ratio deeſt, utrum ad caſus in principio Legis, an deinceps propoſitos pertineant. Nam ad ſequentes, nexus orationis per verba, *nec dubitabis*, immediatè illis ſubjecta lectorem ducere videtur: Sed ut ad priores magis referantur, faciunt ultima verba legis; *In his autem omnibus & pactum ſine ſtipulatione ad augendam obligationem prodeſt.* Hoc enim de ſpeciebus, quæ ad Trajectitiæ ſimilitudinem accedunt, intelligitur *l. 7. h. t.* Proinde iſti caſus non tam ad contractus innominatos, Do ut facias, & ſimiles, qui ſunt poſteriore loco in hoc texto; quam ad eos, in quibus periculum à Creditore ſuſcipitur, qui priores hoc ſunt; pertinent; cum, ſi non ceperit, ſi non vicerit, pecuniam perdat: Ideoque recipiunt hi caſus uſuram quoque graviſſimam.

2. Ita defungi poſſe videmur in hoc textu, unicâ emendatione, legendo *aliam* pro *Aleæ*, vel ſi *condictiones* pro *conditiones*, mutationis nomen merentur, duplici. Videamus nunc, quomodo refingat textum Hotomannus. A Principio ſic legit; *Periculi pretium NON eſt, ſi conditione QUAVIS pœnali exiſtente recepturus ſis quod dederis, & inſuper aliud præter pecuniam.* Sunt tres emendationes, particula *Non* trajicitur; Tò Et deletur, & pro *quamvis* ſubſtituitur *quâvis.* Non eſt ſatis prægnans Hottomanni ratio ad hanc mutationem. *Non ſi quævis*, inquit, *pœnalis conditio adhibita eſt, continuo periculi pretium dici poteſt.* Quid? eſt ne hoc in textu vulgatæ lectionis? Nihil minus. Hoc ſaltem, quod periculi pretium obtinere poſſit, etſi pœnalis ſtipulatio fuerit; quod ita ſe habere demonſtravimus. Foret ita, ut vult Hotomannus, ſi textus haberet *quavis* pro *quamvis*: ſed ejus cavillatio ferenda non eſt, quod ſuum NON adſtruit è electione, quam ipſe non invenit in textu, ſed intulit in textum. Pergamus: *Si modo in aleæ ſpeciem non cadat, veluti ea, ex quibus conditiones naſci ſolent: ut ſi manumittas; ſi non illud facias, ſi non convaluero.* Hæc, ait Hotomannus, perſpicuè vitioſa ſunt; quia nullum è ſubjectis exemplis in Aleæ ſpeciem cadit. Primum igitur verſum; *ſi modo in aleæ ſpeciem non cadat*, parentheſi includendum cenſet; quod etiam facit D. Matthæus *in d. Coll.* At quo fructu, parum mihi liquet; ſi enim materia ſubjecta ab aleæ ſimilitudine aliena ſit, parentheſis inepta fuerit: & nos ſine παρενθέσεως ſenſum, ni fallor, idoneum dedimus. Hæc igitur *quarta* mutatio ſupervacua eſt; quemadmodum & *Quinta* D. Matthæi, *Verba, quamvis pœnali*, etiam parentheſi includentis. Sexta fuit, *Condictiones* pro *Conditiones* conceſſa. Septima emendatio, *ſi non manumiſeris*, pro *ſi manumittas*,

tas, quam Hotomannus & Matthæus probant, petita eſt è Baſilicis, qui ſic habent, ἵνα μὴ ἐλευθερώσῃς: quæ verti deberent, *ut non manumittas*. hæc ferri poteſt, neceſſaria non eſt, ut ſupra demonſtravimus. Pro verbis, *Et cætera*, quæ ſunt in Florentino E Γc. legit Hotomannus, *At*. Quod etiam cur neceſſe ſit, nihil adfertur, idque erat *Octavum*. Nonum pro *piſcatori erogaturo*, legi vult *erogâro*. Cui ſubjungit *decimum*, tollenda eſſe verba, *plurimum pecuniæ dederim*, ut imperiti interpretis gloſſam. Rectius alii in hac parte Florentinæ lectionis acquieſcunt. Undecimo, delet particulam *autem*, in ultimâ periodo, æquè ſine causâ neceſſitatis, vel evidentis commodi. Sanctior oportet nobis ſit Lectio Florentina, quam ut tam facile & ἀναλόγως laceretur. Definit igitur hujus Cenſura loci in duabus leviſſimis emendationibus, ALIAM, Pro ALEÆ, & CONDICTIONES Pro CONDITIONES.

Paulus Lib. III. Quæſtionum.

Cum de indebito quæritur, quis probare debet, non fuiſſe debitum: res ita temperanda eſt, ut ſi quidem is, qui accepiſſe dicitur rem vel pecuniam indebitam, hoc negaverit; & ipſe, qui dedit, legitimis probationibus ſolutionem adprobaverit: ſine ulla diſtinctione ipſum, qui negavit ſeſe pecuniam accepiſſe, ſi vult audiri, compellendum eſſe ad probationes præſtandas, quod pecuniam debitam accepit. Per etenim abſurdum eſt, eum, qui ab initio negavit pecuniam ſuſcepiſſe, poſtquam fuerit convictus eam accepiſſe, probationem non debiti ab adverſario exigere. Sin verò ab initio confiteatur quidem ſuſcepiſſe pecunias; dicat autem, non indebitas ei ſuiſſe ſolutas: præſumptionem videlicet pro eo eſſe, qui accepit, nemo dubitat. Qui enim ſolvit, numquam ita reſupinus eſt, ut facile ſuas pecunias jactet, & indebitas effundat. Et maximè ſi ipſe, qui indebitas dediſſe dicit, homo diligens eſt, & ſtudioſus patrisfamilias: cujus perſonam incredibile eſt in aliquo facile erraſſe. Et ideo eum qui dicit indebitas ſolviſſe, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis, vel aliquam juſtam ignorantiæ cauſam indebitum ab eo ſolutum. Et, niſi hoc oſtenderit, nullam eum repetitionem habere. L. 25. *in pr. d.* Probat.

1. Totam hunc Legem eſſe Triboniani; nec niſi duos priores verſus à Paulo eſſe, contendit D. Wiſſembachius *Emblem. ad h. l.* quo autem uſque verſus illos extendat, non indicat. Cujacius *in lib.* 21. *obſ. c.* 26. Propoſitiones Quæſtionis à Paulo eſſe credit, reliqua eſſe Triboniani. Proinde Pauli ſint oportet, hæc initialia verba. *Cum de indebito quæritur, quis probare debet, non fuiſſe debitum*; è quibus an duos verſus fecerit D. Wiſſembachius, non dixerim niſi quod hanc Cenſuram deſcripſerit è Cujacio; ſicut haud temere quicquam in Emblematicis habet, niſi ex aliis petitum. Oportet igitur Tribonianum, Quæſtione Pauli verbis propoſitâ continuo illum dereliquiſſe, ſuoque more deciſionem eſſe perſecutum. Quod ut Antonio Fabro in textibus integris eo modo ſubornandis adhuc quidem concedendum non putavimus, ita de Cujacio & Wiſſembachio minus ægre admittimus, eo quod illi in ipſo legum argumento, quod Faber adſiduo agit; nihil reprehendunt; Ideoque non multum intereſt

vid

videtur Eunomiæ, Pauli an Triboniani ſtylo diſtinctiones Juris explicentur: Etſi non admodum me delectant illæ, ſub Pauli nomine, Triboniani commentationes. Cujacius fatetur, Paulum in Lib. III. Quæſtion. egiſſe de Condictione Indebiti, ut conſtat *ex l. 21. & l. 60. d. Cond. ind. l. 84. d. R. J.* Illum etiam hoc loco tractaſſe Quæſitum, utri incumbat onus probandi, cum agitur de Condictione indebiti ſoluti vel promiſſi; Actori ne, qui ſe indebitum ſolviſſe aut promiſiſſe dicit, an reo, qui ſe vere debitum accepiſſe dicit; Quæ eſt ipſa hujus loci Quæſtio & tractatus: ſine dubio pendens à facto & circumſtantiis, cujusmodi ſemper ſunt verboſæ explicationes: Ut ſola prolixitas argumentum univerſæ oppoſitionis probare non poſſit. Sed loquendi genus, ajunt, Græcum ſapit magis quam Latinum hominem: ut cum prudentem & attentum Patremfamilias vocat *ſtudioſum σπουδαῖον*, ut Græci: Cum loco τ probare aut docere, ponit *oſtendere*. Hæc duo ſpecimina notat ad *hoc pr.* Sed etſi verbum unum & alterum ſit à Triboniano, non idcirco integros textus illi adſcribendos videri ſæpius obſervare datum eſt. Quod autem ad *oſtendere* attinet, non deſunt ex mediis Pandectis loca plurima, in quibus *oſtendere* eodem modo accipitur *l. 3. §. 1. Ad Exhib. l. 2. §. 1. d. Dol. & met. except. l. 34. §. Gajus d. Legat. 2. l. 16. §. ult. d Manum Vind. l. 24. §. ult. d. Fideicomm. libert.* Quæ omnia loca nemo dixerit eſſe interpolata. Videſis plura apud Briſſon. *in oſtendere*. Patremfamilias *Studioſum* pro attento & diligente, per Græciſmum eſſe dictum fateor, & ſit emblematicum: Etſi veteribus quoque JurisConſultis familiares fuiſſe græciſmos pluribus exemplis docet Ant. Auguſtinus *lib. 3. Emend. c. 1.* Sed ego nolim, ubi res ipſa non controvertitur, de ſtylo contendere cum tanto Critico, quantus eſt Cujacius.

Paulus Lib. III: Quæſt.

Sin autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus, vel minor ſit, vel mulier, vel fortè vir quidem perfectæ ætatis, ſed miles, vel agricultor, & forenſium rerum expers, vel aliàs ſimplicitate gaudens, & deſidiæ deditus: tunc eum, qui accepit pecunias, oſtendere, bene eas accepiſſe, & debitas ei fuiſſe ſolutas. Et ſi non oſtenderit, eas redhibere. Sed hæc ita, ſi totam ſummam indebitam fuiſſe ſolutam, is, qui dedit, contendat. Sin autem pro parte queritur, quod pars pecuniæ ſolutæ debita non eſt: vel quod ab initio quidem debitum fuit, ſed vel diſſoluto debito, poſtea ignorans iterum ſolvit: vel exceptione tutus, errore ejus, pecunias dependit ipſum omnimodo hoc oſtendere, quod vel plus debito perſolvit, vel jam ſolutam pecuniam per errorem repetita ſolutione dependit, vel tutus exceptione ſuam neſciens projecis pecuniam: ſecundum generalem regulam, quæ eos, qui opponendas eſſe exceptiones adfirmant, vel ſolviſſe debita contendunt, hæc oſtendere exigit. In omnibus autem viſionibus, quas propoſuimus, licentia concedenda eſt ei, cui onus probationis incumbit, adverſario ſuo de rei veritate jusjurandum inferre, prius ipſo pro calumnia jurante. Ut judex juramenti fidem ſecutus, ita ſuam ſententiam poſſit formare, jure referendæ religionis ei ſervando. L. 25. §. 1. 9. & 3. *d. Probation.*

Digitized by Google

1. Hos verſus maxime §. 2. & 3. non tàm à Paulo eſſe, quam potius à Triboniano, quemadmodum & ultima *principii* haud gravatè concellerim Cujacio magis ex genere & univerſo ſtyli complexu, quam ſingulis verbis, à Cujacio notatis. Nam quod vir ſimplicitate gaudens & *deſidiæ deditus* neceſſario ſit monachus, quales tempore Pauli non extiterint, neſcio an ſatis conveniat ſectæ temporis Juſtinianæi, cum ipſe religioſiſſimus eſſe atque videri voluerit. Nec bene probatur hæc appellatio ex *l. 26. C. de Decur.* ubi ignaviæ ſectatores dicuntur, qui non religionis cauſâ, verum ut publicis muneribus ſe ſubducant, collegiis eremitarum & μοναζόντων ſeſe aggregant. Quod *viſiones* etiam arguit Cujacius, aliter tenet Briſſonius, ut diximus, *ad l. 25. §. 15. d. Hered. pet.* & juramentum non eſt adeò recens vocabulum; ut à Paulo uſurpari non potuerit: etſi verum eſt, Juris Conſultos veteres dicere ſolitos eſſe, *Jusjurandum.* Si Antonius Faber ad hanc legem commentatus eſſet, non erat dubium, quin ſingula diſtinctionum membra eorumque rationes, quibus hic uſus eſt auctor, ut videtur, Tribonianus, abſurditatis argueret, ut nunquam ceſſat in his, quæ imputat illius auctoritati. Cujacii modeſtior eſt cenſura; Neque noſtrum eſt, operam dare fingendis objectionibus. Summa doctrinæ hujus loci ita ſe habet, ut nihil merito reprehendi poſſit. Cum de indebito quæritur, is qui ſolvit, probare debet, indebitam fuiſſe, duabus exceptionibus. I. ſi is qui accepit, initio ſe accepiſſe negaverit; Tunc enim ipſi probatio in pœnam mendacii injungitur; Et II. ſi ſolvens ſit minor aut negotiorum imperitus. Qui tamen ipſi tenentur ad probandum, ſi partem debiti confiteantur, vel prius debitum ex poſt facto indebitum eſſe factum, contendant. Denique, jusjurandum prævio calumniæ juramento, in hac cauſâ tam deferri, quam referri poſſe juris eſt tralatitii, quod hic habetur & amplius, ex *Tit. de Jurejurando* petendum. Quando igitur res & doctrina hujus loci bene ſe habet, de Eunomia parum eſt quod laboremus.

Paulus Lib. III. Reſponſor.

Sed hæc, ubi de ſolutione indebiti quæſtio eſt. Sin autem cautio indebite expoſita eſſe dicatur, & indiſcrete loquitur: tunc eum, in quem cautio expoſita eſt, compelli debitum eſſe oſtendere, quod in cautionem deduxit. Niſi ipſe ſpecialiter, qui cautionem expoſuit, cauſas explanavit, pro quibus eandem conſcripſit. Tunc enim ſtare eum oportet ſuæ confeſſioni: niſi evidentiſſimis probationibus in ſcriptis habitis, oſtendere paratus ſit, ſeſe hæc debitè promiſiſſe L. 35. §. ult. d. Probat.

1. Sit hic locus adhuc Triboniani, quemadmodum Cujacius & ſtylus arguunt, etſi aliter mallem factum; ſi modo argumentum ejus non ſit indignum Paulo vel Eunomiâ; ſicut eſt magni uſus & ἀναθεώρησεως, nec etiam expers objectionis Eunomicæ. Species quæſtionis hæc eſt; Conceptum fuit chirographum *indiſcrete*, id eſt, ut dein explicatur, cauſa debiti non expreſſa: debitor negat ſolutionem, vel potius, negat ſe debere. Creditor probare debet, verum eſſe debitum. Et, ſi non probet, alter autem in negativâ perſiſtat, ex illo chirogra-

rographo nihil petere poteſt; utpote cauſa debiti deficiente *l. 2. §. 3 d. Dol. & met. except* Sæpe fit, ut homines feſtinantes aut negligentiores ſcribant, ſe debere alicui centum. Hos peti non poſſe, niſi cauſâ Debiti aliunde probetur, durum eſſe videtur, ac ideo multarum gentium legibus aliter eſt receptum; Antwerpienſium, Brugenſium, aliarumque Belgii Civitatium, etiam Tholoſatium in Gallia, ut teſtis eſt Groenewegius *ad h. t.* Imo per omnem Galliam, è chirographis cauſa licet carentibus, at in judicio recognitis, fieri condemnationes *Proviſionales*, ad ſequeſtrandam pecuniam, & cauſæ defectum judicio principali poſtea diſceptari, teſtatur idem ex Rebuffo; quod naturali & civili æquitate commendari videtur. Sed aliter ab Hollandiæ Curiâ in contradictorio judicatum eſſe, teſtantur JCti Batavi *part. 1. Conſil. 303. in fin.* Quod cum uſu Curiæ Friſicæ conſentit, ut factum mihi conſtat; inter alia in hac ſpecie & formâ Chirographi. *Ego Titius fateor me debere Cajo quadringentos florenos*, ut jam retulimus in *Prælect. ad Tit. de Condict. ſine cauſa in fin.* Non dubitatum eſt tamen, quin ex ejusmodi ſcripturâ naturalis obligatio naſceretur: Ideoque repetitionem ſoluti minime dandam eſſe, ab eadem Curia novi eſſe judicatum: quod nec aliter hujus argumento Textus ſtatuendum. Quin ex eo, quod naturalis inde naſcitur obligatio, dicendum videtur, Æquitatem, quæ naturalis obligationis eſt fundamentum, eſſe contra poſitionem hujus loci, eamque eſſe iniquam. Sed non ſequitur, Æquitas producit obligationem naturalem: Ergo eadem vult actionem dari; quod totidem inſtantiis reprobari poteſt, quot ſunt obligationis naturalis ſpecies, quæ exceptionem pariunt ob æquitatem, condictionem impediunt ob æquitatem; neque tamen actioni producendæ ſufficiunt; quemadmodum è doctrina de *Obligationibus apud Inſtitutiones* accepimus. Et quur ex hujusmodi chirographo ſine causâ debiti ſcripto, actio non detur adverſus debitorem, niſi cauſa aliunde probetur, attamen ſolutum ab eodem repeti non poſſit, ratio ſatis idonea reddi poteſt. Poſſet enim eſſe cauſa vel nulla revera, vel turpis, aut lege prohibita; quin hoc eveniret, ut frequenter ex ejusmodi illicitis cauſis fierent petitiones & condemnationes, ſi ex *indiſcreto* cauſâque deſtituto chirographo ſimpliciter actio daretur, nec aliunde quidem probata cauſa, quæ res ad Reipublicæ & judiciorum dedecus pertineret. Quod ſi debitor ſive ſcriptor chirographi pecuniam ultro ſolverit, præter quod difficilius recuperatur amiſſum, quam quod habemus, retinetur, etiam agnoviſſe cauſam debiti videtur, quæ ſic merito quaſi probata, fuiſſet habenda. Mollitur etiam, ſi qua ſit hujus ſententiæ durities, ex eo, quod ex præſumptionibus à natura negotiorum, & à qualitate perſonarum deſumptis, cauſa debiti ſufficienter colligi poſſit. An tamen ad omnia, quæ Groenewegius hac parte collocat, ut ſi mercator mercatori, ſcholaris præceptori, ægotus medico, vulneratus chirurgo *indiſcretum* dederit chirographum, indiſtincte admittenda ſint, dubitare liceat; bene, ſi ex circumſtantiis cauſa negotiationis, inſtitutionis, ſanationis & ſimiles intelligi poſſint; nec aliter ipſe auctoreſque ab eo laudati poſitiones illas acceperint. Ejus generis etiam putavi eſſe Chirographum; de quo conſultus ſum aliquando, his verbis conceptum. **Ik bekenne te hebben van Claes Dankerts een duiſent gl. daer voor hem belobe te geben tien ducatons**

jaer.

Digitized by Google

ſaeclij ſis. Reſpondi, mutuum fœnebre, licet non expreſſum, eſſe videri, *die 2 Februar.* 1689. Quid ab indiſcreto, quale *ſupra* poſuimus; ex quo jus non dicitur, niſi cauſa aliunde probetur, illud chirographum differat, è verbis utriuſque collatis intelligi poteſt.

Paulus Lib. xx. Quæſt.

Procula magnæ quantitatis fideicommiſſum à fratre ſibi debitum, poſt mortem ejus, in ratione cum heredibus compenſare vellet: ex diverſo autem allegaretur, nunquàm id à fratre, quamdiu vixit, deſideratum, cum variis ex cauſis ſæpe (in) rationem fratris pecunias ratio Proculæ ſolviſſet: Divus Commodus, cum ſuper eo negotio cognoſceret, non admiſit compenſationem: quaſi tacitè fratri fideicommiſſum ſit remiſſum. L. 26. d. Probat.

1. Ingens fideicommiſſum Proculæ à fratre ſuo debebatur, cum quo ſæpe rationes computavit, eique ſuperſtiti pecunias ſolvit. Fratre mortuo, cum heredes ejus à Procula magnam peterent pecuniam, illa fideicommiſſi, quod *frater* ei debuerat, compenſationem objecit. Heredes fratris reſpondent. Tu à fratre vivo hoc fideicommiſſum nunquam petiiſti; Pecunias ei ſæpe ſolviſti, nulla fideicommiſſi mentione factâ. Nunc eo mortuo, petis fideicommiſſum? non bonâ fide id quidem: Nec eſt hæc juſta compenſatio, quod & Commodus Imperator ita cenſuit; eo quod tacita remiſſio fideicommiſſi *præſumenda fuerit*, ex eô quod non petierit, cum poſſet; quod nequidem compenſaverit, cum occaſio daretur. Verum tamen hanc Commodi & Papiniani ſententiam eſſe *duriſſimam* cenſet Autumnus *ad hanc L.* nec ei ſententiæ locum eſſe in Foro adfirmat; Quia donatio non præſumitur, nec quiſquam pecunias ſuas effundere & jactare creditur, ut Paulus docet *in l. 25. d. Condict. indeb.* Cui accedit, quod affectus & reverentia ſororis erga fratrem, illam forte cohibuit ab exigendo fideicommiſſo, quod expectaverit, dum à fratre ſibi ultro præſtaretur: Non videtur eſſe æquum, ut hæc verecundia tantum illi præjudicium faciat, ut petitionem fideicommiſſi liquidam & certam; id enim in textu ſupponitur; morte fratris amittat. Quid, ſi ante mortem Fratris, poſtquam varias cum ipſo computationes & ſolutiones commiſerat, fideicommiſſum exegiſſet Procula, numquid & tum repulſa fuiſſet? Si adfirmes, id etiam durius eſt, quam hujus legis dictamen: Si neges, cedo rationem, cur ab herede minus exigi poſſit, quam potuit à defuncto; cum ex heredis perſona conditio obligationis non immutetur *l. 2. §. 2. d. V. O.* Poſtremo, legibus cautum eſt, certo temporis ſpatio Creditoris ſilentium actioni præſcribere, quod in fideicommiſſis omnibuſque perſonalibus petendi cauſis, annorum xxx. definitum eſt, in *l. 3. & l. 7. C. de Præſcript. 30. vel 40. ann.* Cujus temporis lapſus cum hic nulla mentio fiat, ex ratione ſaltem harum Conſtitutionum, quas hodie ſequimur, non videtur hæc Commodi ſententia, licet Papiniano laudata, vim uſumque noſtris habitura temporibus. Hæ rationes minimè ſpernendæ, neſcio, an non apud pleroſque judices hodie prævalerent, ut petitionem certi juris ex ejuſmodi ſilentio minime

reji-

rejiciendum putarent. In noſtra ſane Curiâ, quæ jus Civile ſanctiſſimè ſervat, frequenter uſu veniſſe memini, ut petitiones, quibus legitimo tempore non erat præſcriptum, etſi diuturno ſilentio variiſque computationibus & ſolutionibus hinc inde, etiam à Creditore factis, obtriæ viderentur, etiam poſt mortem debitoris, admitterentur: ejuſque heredes non modò ad ferendam compenſationem, ſed etiam ad ſolutionem compellerentur.

2. Hæc ad Cenſuram Autumni adſtruendam, uſumque hujus ſententiæ deſtruendam, minime otioſa, non admittuntur tamen à Commentatoribus *ad hanc L.* etiam Pragmaticis, quales Mornacius ex antiquioribus, & Brunnemannus, recentior; qui ſtandum eſſe forenſi quoque obſervatione, legis hujus ſententiâ, non dubitant; ita nihilominus, ut ultra terminos ejus interpretatio non extendatur: adeoque non aliter, quam ſi hæc tria requiſita concurrant. I. Taciturnitas diuturna. II. Computatio & ſolutio poſtea ſæpe facta; ſemel enim aut bis non ſufficeret. III. Sanguinis ratio, ſi res inter perſonas conjunctas vertatur. Addit IV. Mornacius, ex ore Choarti celebris Advocati Pariſienſis, cujus colloquia nunquam ſibi evanida fuiſſe narrat; idque è verbis *Fextus*, ut ait, ſi *videlicet, is, cujus intererat petere, nihil tamen moverit, quamdiu vixerit*; ipſa Mornacii verba. Sed tamen, niſi oculi fallunt, hoc in textu non reperitur. Nam Procula, cujus interfuerat petere, movit, dum vixit, compenſationem. Ille vero, cujus interfuerat, à ſe non peti, mortuus eſſe dicitur. Hoc igitur potius è textu *quartum* teneamus requiſitum; Si debitor, à quo petendum fuit, à quo nec longo tempore poſt varias ſolutiones, petitum vel compenſatum fuit, ſit mortuus Tunc enim adverſus petitorem eſt præſumptio, quæ ſolet eſſe contra eos, qui differunt agere, dum adverſarius vivit; atque in id tempus actionem reſervant, dum morte ejus à quo petunt, defenſionem ſperant fore difficiliorem, ut ipſe Mornacius ex Baldo aliiſque pluribus probare ſcribit Molinæum ad *Conſuetud. Pariſ.* §. 44. *num.* 26. & *Conſ.* 28. *in fin.* quo pertinet *Lex ult. in fin. d. Fidejuſſ. Tut.* ubi; *ſubventum eſt ignorantiæ heredum*; *Cum poſt mortem Tutoris heres conveniatur.*

3. Sed removendum eſt, quod contra tertium requiſitum de propinquitate, motum eſt *ſuperius* argumentum; Ex affectu & reverentiâ ſororis erga fratrem, præſumendum eſſe potius, retardatam fuiſſe quam remiſſam petitionem. At prægnantius eſſe videtur, quod idem Mornacius è Cujacio *ad h. l.* profert: Præſumptionem remiſſionis è fraterno vel ſororio affectu, cauſam inter alias rationes, huic Commodi ſententiæ præbuiſſe, quemadmodum multa ſingularia ex affectu conſanguineo in Jure conſtituta fuiſſe, nemo ignorat: non obſtante, quod ex Ovidio profertur in diverſum, quaſi *Fratrum quoque gratia rara ſit*, hoc enim poëticum magis ad exaggerandam ferrei ſeculi duritiem, quam juridicum eſſe videtur: Et, ſi maxime fratres atque ſorores in præſtationibus pecuniariis, illum affectum ſeponant, præſumptio tamen eſt è στοργῇ naturali, & ex eo, quod facere debeant fratres atque ſorores. Hæc igitur requiſita huic ſententiæ circumdata, & ab aliorum caſuum conſequentiis ſeparata, Commodum & Papinianum ſatis ab Autumni Cenſurâ liberant, uſumque forenſem à diverſâ hujus ſententiæ obſervatione cohibere poſſunt & debent: Quemadmodum & ratio-

nes, quæ pro cenſurâ faciunt, nullo modo extra caſus, illis requiſitis circu ſcriptos, uſum hujus ſententiæ permittunt; Eſt hæc adeo res non tralati ἀναθεωρήσεως & obſervantiæ. Non eſt igitur, ut ſequamur hic auctoritatem B ſilicorum, qui hunc locum retulere truncatum, quaſi generaliter ad omnes pe ſonas referenda foret. Ita enim illi verterunt hunc locum. Ἐὰν χρεωστούμενος σοῦ ληγάτον καὶ διαφόρως ἀντιχρεώστησας σοὶ καταβάλω, μὴ ἀντιλογισάμενος, κατὰ χάριν δοκῶ συγχωρεῖν. id eſt, *Si creditor tuus legati nomine factus ego, & tuus legati cissim ex variis cauſis debitor factus, nullâ uſus compenſatione ſolvero, gratioſè lud remiſiſſe videor.* Et Interpres Græcus etſi caſum legis plenè exponat è tex Latino, tamen inde colligit hanc obſervationem: Σημείωσαι, inquit, ὅτι δανειστὴς καταβάλῃ τῷ ἰδίῳ χρεώστῃ τὸ χρέος, ὅπερ αὐτῷ ἐχρεώστει, δοκεῖ συγχωρεῖν αὐτῷ χρεωστούμενον αὐτῷ παρ' αὐτοῦ. Σημείωσαι αὐτὸ θαυμαστὸν ὄν. *Obſerva, Si quando Cre tor debitori ſuo, idquod ipſe viciſſim ei debebat, ſolverit, videtur remiſiſſe hoc i ſum quod illi ab iſto debebatur. Obſerva autem rem mirabilem*; adde ſis, & cenſurâ di nam, ſi hoc velint Commodus & Papinianus; quod minime ſic *indiſcretè* vel credendi ſunt, ut à nobis probatum. Tu verò σημείωσαι, quam non ſit tutu Græcis ipſiſque Baſilicis *indiſcretam* habere fidem. Id vero nec ſpernendum, quo alius Interpres Græcus adjicit in ſequentibus, Εἰ τε καὶ ὁ παραδιδοὺς δεῖξαι, οὐχ' ὡς δωρούμενος δίδωσι, παραδεχθήσεται. *Si vero qui tradidit, admitti petat ad pr bandum, quod minime donandi animum habuerit, admittetur.* Idque ſine dubio uſum fori transferendum, minimeque à Textu, quem præ manibus habemu eſt alienum.

Scævola Lib. IX. Digeſtor.

Imperatores Antoninus & Verus Auguſti, Claudio [illegible] *reſcripſerunt in hæ verba: Probationes, quæ de filiis dantur, non in ſolis* [illegible] *ne teſtium con ſtunt. Sed & epiſtulas, quæ uxoribus miſſæ allegarentur, ſi de fide earum conſtit nonnullam vicem inſtrumentorum obtinere, decretum eſt. Mulier gravida repudi ta, filium enixa, abſente marito, ut ſpurium in actis profeſſa eſt. Quæſitum eſt an is in poteſtate patris ſit; & matre inteſtata mortua, juſſu ejus, hereditatem m tris adire poſſit; nec obſit profeſſio, à matre irata facta. Reſpondit, veritati locu ſuperfore. L. 29. d. Probat.*

1. Minime tam juſta Cenſuræ cauſa, quàm *ſuprà*, movit Autumnum Cen ſorem, ut hoc quoque reſponſum Scævolæ iniquitatis argueret. Quia tamen r in eâ memorabilis continetur, vindicemus & hunc locum Eunomiæ, cum q facilius, quam præcedens conciliari poteſt. Primum Autumni argumentum eſt *quod hoc reſponſum atque etiam ſequens in Pandectis Florentinis ſigno Parentheſi incluſum eſt, quo paſſim in eo volumine, ſignantur ſuperflua.* Adeoque deceptu eſſe Alciatum; qui ſequutus fidem quorundam ἀντιγράφων iſtius libri, illam ſupple verit in *lib.* I. *diſp. c.* 6. Sed errat Autumnus ipſe; Nec Alciatus in *d. c.* 6. ſu plendum monuit hunc textum, ſed Legem ſequentem, ut hujuſce textus mem brum, ſive paragraphum; quem parentheſi incluſum eſſe teſtantur & Taure

Li

Digitized by Google

lus & charondas in ſuis editionibus ad Florentinum archetypum expreſſis: ſicut etiam deeſt ille §. vel ſequens & lex ultima in Baſilicis, cum reliquas ordine cunctas ſuo more verterint, etiam hanc ab Autumno imperitè eliminatam. Quid vero contra ipſum Legis argumentum Autumnus ille? *Scævola videtur*, inquit, *innuere, probationem admittendam contra filium, & credendum parentibus adverſus ſuum ſanguinem malignantibus, quo ita omnes familiæ ſubverterentur.* Quis putet, hunc Cenſorem legiſſe quod reprehenderet, ſobrium? Quis imo non videt, Scævolam in hoc eſſe, ut probandi facilitatem pro ſtatu filiorum augeat? quando non modo teſtes, ſed & epiſtolas, quæ alioquin ut privata inſtrumenta, nihil probant, *l. 5. l. 6. l. 7. C. de Probat.* à [illegible] iris uxoribus miſſas, fidem facere & *nonnullam inſtrumentorum vicem* obtinere docet; eo, quod, cum inſtrumanta probationis non ſint, plenâ illorum vice fungi nequeant. Sed in his, quæ ad ſtatum liberorum pertinent, cum parentibus optime de illis conſtet, nec genuina magis comprobatio, quam ex familiari & epiſtolicâ conjugum inter ſe communicatione haberi poſſit, merito epiſtolas, etſi maxime privatas, in hanc rem adhiberi placuit: Quod in ætate liberorum cæteriſque ad eos ſpectantibus, & parentibus optime notis, omni die ſervatur, ut adnorationes privatæ nonnullam inſtrumentorum vicem obtineant, fidemque legitimam faciant.

2. Poſtremum, quod Autumnus movet, nive frigidius eſt; *Præterea*, inquit, *hoc reſponſum Scævolæ ſuperfluum eſſe apparet, quia nemo dubitat, veritati locum ſuperfore, ſi filius legitimis* (credo legendum, non legitimis) *probationibus arguatur ſpurius.* Matre apud Acta publice filium ſuum profeſſâ Spurium, adeoque quæſitu indignum & ſuperfluum erat, decidere, quod talis profeſſio infanti non præjudicet, ſi veritas aliunde conſtiterit? Quis à matre falſum hac de re teſtimonium expectaret, argumentumque non putaret inde validum peti. Contra ſtatum filii dubium? Et an non infringere poſſit regulam [illegible] communem; quod ex matrimonio natus, pro legitimo ſit habendus *l. 3. d. His qui ſui vel al. jur. ſunt*? Scævola verò non opponit declarationem maternam huic regulæ; ſed veritati hanc prævalere docet, rectiſſime. Nam ſi mater probet, ſe toto anno à viro ſecubaſſe, cum infantem pareret, haud dubie Spurius eſſe videbitur: Extra ejuſmodi probationem omni exceptione majorem, regula prædicta declarationi maternæ adverſa, præſertim qualis hæc fuiſſe memoratur, ab iratâ, profectæ, ſine dubio præferenda fuerit: Quemadmodum prælata fuit, ingentis Regni conſenſu, declaratio cujuſdam Reginæ trium Regum matris, quæ filio Regi irata, non eſſe illum Rege Patre natum, ſed ex ejus ſemine filium ſecundo genitum eſſe procreatum, profeſſa dicitur. Adde quæ diximus ad *l. 6. ſupra d. His qui ſui vel al. jur. ſunt.*

Scævola Lib. 11. Reſponſ Mactorio Sobino.

Commemorationem in chirographo pecuniarum, quæ ex alia cauſa deberi dicuntur, factam, vim obligationis non habere. L. ult. d. Probat.

1. Hujus Legis ſententiam juſtâ ratione deſtitui, non pauci tenent Interpretes, ideoque & uncinulis illam includi in Pandectis Florentinis, ut ſupervacuam, & à Juſtiniano refutatam eſſe volunt, per *L. generaliter C. de Non num. pec.* Sic enim non modo Autumnus, ſed etiam Mornacius & Groenewegius tradunt. Brunnemannus cum Baſilicis illam omittit *ad h. tit. ff.* Nec citata *L. autem* 13. *C. de Nonnum:* ullam hujus *L. ult.* mentionem facit. Videamus igitur, an verum ſit, quod illi volunt. Verba hujus *L. ult.* in conſpectu ſunt; Conferamus *d. l.* 13. *Generaliter ſancimus, ut, ſi quod ſcriptis cautum fuerit, pro quibuſcumque pecuniis ex antecedente cauſa deſcendentibus, eamque cauſam ſpecialiter promiſſor edixerit, non jam ei licentia ſit cauſæ probationem ſtipulatorem exigere, cum ſuis confeſſionibus acquieſcere debeat: niſi certè ipſe è contrario per apertiſſima rerum argumenta ſcriptis inſerta, religionem judicis poſſit inſtituere, quòd in alium quemquam modum, & in eum, quem cautio perhibet, negotium ſubſecutum ſit. Nimis indignum eſſe judicamus, quod ſua quiſque voce dilucidè proteſtatus eſt, id in eundem caſum infirmare, teſtimonioque proprio reſiſtere. l.* 13. *D. de Non numer. pec.*

2. Si quid intelligo, non verſantur hi textus in iiſdem terminis, ut alter alterum refutare & abrogare videatur, quod Viris illis doctiſſimis viſum. Nam lex *ult. h. t.* ponit chirographum de pecuniis alicui debitis ex certa cauſa, puta de centum aureis ex mutuo, conceptum. Hoc debitum inde ſine dubio probatur: At ſi in iſto chirographo fiat commemoratio diverſi debiti, ex mutuo anteriore, vel emptione venditione, aliâve cauſa debiti, cum de illâ inſtrumentum illud non fuerit inſtitutum, ejuſmodi commemoratio, nec ad obligationis vim, nec adprobationem ſufficit. Ita Scævola in *hac L. ult* Quid Imperator in *d. l.* 13.? Non agit de commemoratione debiti facta in inſtrumento propter aliud debitum compoſito; ſed de quovis inſtrumento ſuper aliquâ pecuniâ ex antecedente cauſâ deſcendente, concepto inter partes & ſubſcripto. Vult igitur hic Imperator, etſi Chirographum juxta originalem debiti cauſam, incontinenti non fuerit conceptum, ſed poſtea ſcriptum; ſi tamen confeſſio debitoris ſit liquida, *ſi cauſam ſpecialiter promiſſor edixerit*, hanc Confeſſionem ex poſt facto editam eſſe validam & obligatoriam: Quod habet ſummam rationem: nec prædictæ Legis ultimæ argumento, quod non attingit, ullo modo contrarium. Quin Juſtinianus id ipſum, quod eſt in *hac L. ult.* renovavit & diſertius ſanxit in *Nov.* 119 *c.* 3 cujus epitomen habemus in *Auth.* ſubjecta *l.* 7 *C. de Edendo. Si quis in aliquo documento mentionem faciat alterius documenti: Nulla ex hac memoriâ fiat exactio: niſi aliud documentum, cujus memoria in ſecundo facta eſt, proferatur, aut alia ſecundum Leges quantitatis debitæ probatio exhibeatur: quia & quantitas, cujus memoria facta eſt, pro veritate debeatur. Hoc enim & in veteribus legibus invenitur.* ubi, quod in fine legitur; *Hæc enim &*

in

in veteribus Legibus invenitur, auctoritatem huic *L. ult.* addit, quâ, tametſi unco in exemplari Florentino circumducta ſit, non putemus id argumentum eſſe νοθεύσεως, vel ſubornationis: Cum nihil ſit aliud, quam monitorium, in quibusdam exemplaribus hunc locum non inveniri. Sed Juſtinianus illum haud obſcure agnoſcit: Ubi enim extra hoc Scævolæ reſponſum idem in vetuſtis legibus ſcriptum ſit, non memini.

3. Non eſt etiam, quod rationi adverſum putemus hoc reſponſum, ut ſuprà notati Interpretes innuunt: quaſi bonæ fidei non conveniat, declarationi à debitore factæ, licet inſtrumento de aliâ re ſcalpto, non conſtare vim plenam. Cum enim partium intentio non fuerit, de cauſa obiter inſtrumento ſuper alia re facto commemorata, concipere inſtrumentum, nec id Tabellioni mandatum fuerit, nimis erat periculoſum, ex ejuſmodi defunctoria commemoratione, vim obligationis & plenæ probationis educere, quæ ratio ad principium negotii ſpectat. Ex poſt facto autem ſummam ex ejusmodi facultate probatoria incertitudinem oriri neceſſe erat: Cum ſciri non poſſet, an chirographum principale ſuper illo debito conſcriptum, non eſſet abolitum per ſolutionem, aliove modo extinctum. Atque adeo tantum abeſt, ut Cenſura Mornacii, Autumni & Groenewegii locum habeat; ut multo magis adſentiendum ſit iis, qui ſententiam hujus *Legis ult.* ſic ampliant, ut tametſi Tabellio ſive Notarius juxta commemorationem illam adfirmet, atque declaret, inſtrumentum ſpeciale, ſuper illo debito, quod in præſenti chirographo commemoratum eſt, à ſe viſum & lectum atque recognitum eſſe, tamen, ſi illud ipſum non producatur, è ſola commemoratione, licet ita, ut diximus; determinata, non eſſe vim vimbandi, nec agi poſſe, quemadmodum in *Prælect. ad tit. de Fid. inſtrum. n.* 27. à nobis demonſtratum eſt.

Paulus Lib. III. Reſponſ.

Repetita quidem die cautionem interponi, non debuiſſe. Sed falſi crimen, quantum ad eos, qui in hoc conſenſerunt contractum non videri: cum inter præſentes, & convenientes, res actitata ſit; magiſque debitor, quàm creditor deliquerit. L. 3. d. F. d. inſtrum.

1. Agitur de re quotidiana; Cum inſtrumenta ſcribuntur κατὰ ἀναχρονισμοῦ, *Anticipata die*, quod hic eſt, *repetitâ die*, hoc eſt, petita retrorſum, ut in *l.* 51. §. 2. *ad L. Aquil.* ubi, *repetitis ex die vulneris, trecentis ſexaginta quinque diebus*, id eſt, retro putatis. Sic *repetitâ die*, *in l* 9. §. 6. *d. Ad Exhib.* Adde Goloſredum *hic*, & Briſſonium *d. V. S.* Quid autem? An ideo, quod inter convenientes & conſentientes ita res acta eſt, falſum non ſit? An mendacium è conſenſu partium fiet licitum? Reſponde: Non agi hic de forma mendacii, ſed de crimine falſi, quod inter ſe conſentientes ſibi invicem movent. Quin ſi res ad nullos alios, quam ad conſentientes pertinet, non videtur omninò eſſe peccatum, quia nemo, cujus è ſermone competit, fallitur aut verba ei dantur; qua de re locum agendi habuimus in *lib. 2. de jur. Civitat. ſect. 6. c.* 2.

Notarium tamen, qui ſcribendo adhibetur, non poſſe, mandatu partiun petere diem, ſine falſo, tenuerunt Bartolus & Baldus, ut refert & laudat M nacius ad *h. l.* 3. Quod, ſi res inter ſolos contrahentes, nec ad alium ullo do pertineat, etiam vix admittendum videtur; ſi mandatum ſequutus cor qui volunt initium obligationis retro ſtabilire, nulli fraudem fecerit Nota Etſi tutius eſt, quod ſimplicius. Sed quid ſibi volunt ultima verba huju *magisque debitor quam Creditor deliquerit*? Nam ſi præſentia & conſenſus ſo liberat, ideo quod προχρονισμὸς, (*antedatio* dicunt vulgo) ad nullum ali quam ad partes conſentientes habet reſpectum, nihil magis debitor, q Creditor incidit in Falſum. Si vero debitor peccat, ut indicat Paulus, o tet hoc fiat in præjudicium tertii creditoris, ut ſcriptum eſt in *l.* 28. *d. A Cornel. Falſ.* Ex quâ Mornacius auctorem laudans Cujacium, probat, bitorem eo caſu & illa cauſa committere falſum. Itane ſolus debitor? An ditor non peccat, qui cùm debitore conſludens, anteverit diem oblig nis, ut ipſe revera poſterior, jus prioritatis in hypotheca adipiſcatur? debitore gravius peccat Creditor, quanto debitor in anguſtiis conſtitu ut pecunia novi Creditori ſublevetur, excuſatius peccat: Creditor & injuriæ & πλεονεξίας habet cauſam, & ſuum jus Tertio abſque neceſſitat tervertit.

2. Si hæc eſt mens harum legum, non video, qua ratione cùm Eunc conciliari poſſint. Ratio ſanè vult, ut innocentia προχρονισμοῦ reſtringatu caſum, quo nulli ſit injuria, neque tertii præjudicium vertitur: Alioqui poteſt abeſſe falſi crimen, nec à Creditore, nec à debitore. Sed tum qui verba finalia *h. l.*? Docere videtur Paulus, non committi à partibus falſi men, cum hoc ſemper ad præjudicium alterius pertineat. Si quid tamen ſimile commiſſum videatur, eo quod falſiloquium ſit; & veritas tutior eſt, nunquam ſatis prævideri poteſt, an non aliquod tertii præjudicium ſubſit, debitori potius, quam Creditori imputandum, eo quod ille confitetur & bit chirographum; Tertium enim inſtrumenti ſcriptorem placet, ut dict excludi, Interpretibus. Eaque gratia debitori falſum imputatur, quod ille lus loquatur & ſcribat, Creditor nihil ejuſmodi faciens, à falſo alienus tur. Quæ ratio forte valeat in tantum, ut ad Cujacii quis & Mornacii ſen tiam relabi poſſet, debitorem ſolum delinquere, creditorem, ut verba gis, *quam*, poſitiva, non comparativa ſint, ut in *l.* 1. *Comm. divid.* & ſæpe a Hæc ſi Cujacius & Mornacius putaverint, velim, explicent, quomodo ditor doli particeps, idque agens apud debitorem, non coiviſſe, non cu dolo malo falſum fieri, dicendus ſit; quod non minus quam ſcribere, falſi r facit *l.* 1. *in pr. l.* 2. *l.* 4. *paſſ. Ad L. Corne. Falſ.* Acquieſcames igitur i quod propoſuimus; Agi in hac lege de repetitione ſive anticipatione dici, ſolo reſpectu ad contrahentes: quod quidem rectius non fiat, factum tam falſi crimine liberum ſit; Et quicquid intercedit vitii, id debitori, tanqu confeſſori & auctori cautionis imputandum videri. Ita Cenſuræ nulla ratic pereſt.

Digitized by Google

Calliſtratus Lib. IV. de Cognition.

Lege Julia de vi cavetur, ne hac lege in reum teſtimonium dicere liceret, qui ſe ab eo, parenteve ejus liberaverit: quive impuberes erunt, quique judicio publico damnatus erit, qui eorum in integrum reſtitutus non erit: quive in vinculis, cuſtodiave publica erit: quive ad beſtias ut depugnaret, ſe locaverit: quæve palam quæſtum faciet, feceritve: quive, ob teſtimonium dicendum, vel non dicendum, pecuniam accepiſſe judicatus, vel con. ictus erit. Nam quidam propter reverentiam perſonarum, quidam propter lubricum conſilii ſui, alii vero propter notam & infamiam vitæ ſuæ, admittendi non ſunt ad teſtimonii fidem. L. 3. §. 5. d. Teſtib.

1. Offendit Eunomiam, quod omnes, qui vinculis cuſtodiâve publicâ detinentur; hic à teſtimoniò penitus excludantur. Sæpius enim uſu venit, ut ob æs alienum, vel levia dilicta coloni carcerum fiant; Hos omnes pro inteſtabilibus habere, grave, ac utilitati publicæ adverſum fuerit, cum nec infamiâ notentur *l. 1. C. ex quib. cauſ. infam.* Viderunt hoc & alii, vidit etiam Gotofreeus *ad h. §.* qui propterea non alios hoc loco in vinculis & cuſtodiâ agentes intelligit, quàm ubi jam damnati fuerint: Quæ eſt contra clarum loci contextum interpretatio; qui ſeparat, *damnatos, quive in vinculis cuſtodiâve publicâ erit.* Puto, non quoslibet in carcere vinculisque detentos intelligi, ſed qui ob crimen publicum in cuſtodiam dati ſunt; locumque male eſſe interpunctum ab editoribus: Legendum eſſe, nullâ mutatione literarum, hoc modo; *Quique judicio publico damnatus erit, qui eorum in integrum reſtitutus non erit, quive in vinculis cuſtodiâve publica erit*, eâ ſcilicet causâ priusquam damnantur. Tum duo puncta ſubjiciantur ad novæ cauſæ diſtinctionem: *Quive ad beſtias &c.* Interpunctiones non eſſe ex archetypo, ſed ab Editoribus, aliâs dictum eſt. Ideoque non eſt hæc emendatio textus Florentini, ſed vulgatæ editionis.

Papinianus Lib. I. de Adult.

Quæſitum ſcio, an in publicis judiciis calumniæ damnati teſtimonium judicio publico perhibere poſſunt. Sed neque lege Remmia prohibentur: & Julia lex de vi, & repetundarum, & peculatus, eos homines teſtimonium dicere non vetuerunt. Verum tamen, quod legibus omiſſum eſt, non omittetur religione judicantium, ad quorum officium pertinet, ejus quoque teſtimonii fidem, quod integræ frontis homo dixerit, perpendere. L. 13. d. Teſtib.

1. Jure Civili non quilibet infames, non omnes criminum rei à Teſtimoniis arcentur omnino; ſed excipiuntur certorum criminum rei, quibus omnino Teſtimoni officio interdicitur *l. 3. §. 5. h. t.* Reliqui de minoribus accuſati, vel condemnati delictis, haud penitus prohibentur; ſed Judicis officio committitur,

tur, illorum fidem perpendere, ut *hic* præcipitur. Aliter Pontificibus viſum; qui omnium reos criminum, ſi non abſolvantur, excludunt *cap. ſuper eo* 13. *X. de Teſtib.* Idque ſic ab Interpretibus accipitur, ut omnes infames à Teſtimonio penitus arceantur. Panormit. *ad. d. c.* 13. *n.* 4. Farinac. *Qu.* 56. *n.* 129. Donell. *lib.* 25. *Comment. c.* 9. Bachov. ad Treutl *h. t. th. lit. C.* Brunnem. *ad h. l.* Utri melius, Cæſares, an Pontifices? Hi proculdubio Cenſuræ jus ſibi arrogant. Sed Brunnemannus, recte, opinor, Jus Civile præfert, ne facultas probandi nimis conſtringatur. Non eſſe tanti ponderis, maculoſi hominis teſtimonium, quanti integræ frontis homo meretur, ſumma ratio ſuadet: At nullo modo audiendos eſſe tales, non patitur Reipubl. utilitas. Sæpe, quando conteſtes habent fide dignos, ex illorum adfirmationibus lux & plenior oritur certitudo. Unde nihil frequentius in Foro, quam Teſtes à partibus recuſatos, à Judicibus admitti, ſalvis reprobationibus. Quod tamen non conceſſerim Groenewegio, moribus hodiernis, ſemper fieri, ut is adfirmat ad *L.* 24. *h. t.* Valet adhuc paſſim in Foro diſcrimen teſtium, qui prorſus non audiuntur, & qui admittuntur, ſalvis reprobationibus. *Brunnem. hic.*

Paulus Lib. 11. de Adulteriis.

Ex eo, quod prohibet lex Julia de adulteriis, teſtimonium dicere condemnatam mulierem: colligitur, etiam mulieres teſtimoni in judicio dicendi jus habere. L. 18. *d. Teſtib.*

1. Juris Canonici auctores Cenſoriam in Jus Romanum auctoritatem ſibi paſſim arrogant. Eamque ad hujus quoque textus argumentum produxiſſe creduntur, dum mulieres à teſtimoniis in judicio perhibendis (cum Jure Civili, exceptâ Teſtamentorum causâ, admittantur) in *h. l.* excludunt. Primo in *cauſ.* 33. *Qu.* 5. *c.* ſic ajunt ex Auguſtino; *Mulierem conſtat, ſubjectam dominio Viri eſſe, & nullam* auctoritatm habere: *Nec docere enim poteſt, NEC TESTIS ESSE, neque fidem dare, nec judicare, quanto magis non poteſt imperare!* Et in *Cap. Forus* 10. *X. de Verb. ſignif.* ubi de judicio & Foro agitur, illic teſtem inter alia, naturâ æſtimari legimus, *Si vir, non femina ſit*: nam *varium & mutabile teſtimonium ſemper femina producit*, additur. Ex his locis ita Canoniſtas ſentire, quod mulier teſtis eſſe nequeat, poſt alios, tradit Groenewegius *ad h. l.* Sed ego magis putem, ex iſtis locis nihil aliud colligi poſſe, quam mulierem minoris eſſe fidei quam virum in teſtimoniis æſtimandis, idque ex aliorum collatione textuum intelligi poteſt. Nam in *Cap. Tam literis* 33. *X. de Teſtib.* mulieres, ut teſtes productæ, legaliter recipiendæ & prudenter examinandæ dicuntur, in Crimine matrimonii à Clerico cum viduâ contracti. In *cap.* 22. *ejuſdem Tit.* mulieres etiam in quæſtione matrimoniali admittuntur, ſi propinquitatis ratio illas non excludat. Nec vidi adhuc probatum; quod alii, nominatim Groenewegius *ad hanc L.* & D. Bôkelmannus amicus olim noſter deſideratiſſimus *in diff. Jur. Civ. & Canon: c.* 76. nuper editis à Viro Cl. Cornelio van Eck, ſcribunt, ſaltem in Criminalibus mulierem prohiberi. Nam *C. de crimin cauſ.* 15.

Qu.

Qu. 5. quod citat Bokelmannus, nihil ejuſmodi habet. Textus autem reliqui duo, ex quibus etiam Carpzovius *Quæſt. Crim.* 114. mulieres à criminibus ut teſtes arceri ſcribit, facile contenti ſunt, eo quod mulier aliquando teſtis eſſe non poſſit, ut in Teſtamentis: quo Auguſtinus, ipſe profeſſione Juris Conſultus olim, cujus eſt iſte locus, ſine dubio reſpexit. Etsi in *d. cap. Forus*, non habetur hæc poſitio, quod mulier nullo modo teſtis eſſe queat: Sed quod in Teſtibus inter alia ſpectanda ſit natura, veluti Vir, an mulier ſit; quod non excluſionem totalem, ſed comparationem ſupponit. A quâ comparatione, ne mores quidem hodierni ſunt alieni, ut indicat ipſe probatque D. Bokelmannus in *d. cap.* 76. Nec Juris Civilis ratio, etſi nominatim expreſſa non ſit, inde videri poteſt abhorrere; ne quidem ipſa Lex noſtra 18. Quæ mulierem habere quidem in genere jus perhibendi teſtimonii tradit: Sed hoc per conſequentiam prohibitions ſpecialis, quæ ſatis indicat, mulieres, deterioris hac parte conditionis cenſeri, & fuiſſe rationem de illis dubitandi: Comparatio autem fidei inter qualitates perſonarum, ratione Teſtimonii, Judicis officio arbitrioque Jure Civili committitur *l.* 3. *in pr.* & *l.* 13. *h. t.* Bene igitur hactenus habere ſe videtur utriuſque Juris Eunomia, nec opus, ut videtur, ulla commiſſione Cenſuræ, vel antinomiæ.

Ulpianus Lib. VII. de Off. Proconſ.

Inviti teſtimonum non dicunt publicani, Item is, qui non detrectandi teſtimonii cauſa aberit. Item is, qui quid exercitui præbendum conduxerit. L. 19. in pr. d. Teſtib.

1. Teſtimonii dicendi publica neceſſitas omnibus imponitur, exceptis caſibus ſingularis meriti, de quibus in *l.* 4. *h. t* *Lege Julia judiciorum publicorum cavetur, ne invito denuncietur, ut teſtimonium litis dicat adverſus ſocerum, generum, vitricum, privignum, ſobrinum, ſobrinam, ſobrino natum, eosve qui priore gradu ſint. Item ne liberto ipſius, liberorum ejus parentium, viri, uxoris, item patroni patronæ. Et ut ne patroni, patronæ adverſus libertos; neque liberti adverſus patronum cogantur teſtimonium dicere.* Item *in l.* 6. *Idonei non videntur eſſe teſtes, quibus imperari poteſt, ut teſtes fiant.* Ex his regula cogendi conſiſtit, in caſibus non exceptis. Quod etiam ſecus eſſe Jure Canoninco obſervat D. Bokelmannus *in d. cap.* 76. *n.* 13. eo quod tantum moneantur, non cogantur, citato in cauſam *cap. pen.* & *tot. Tit. X. de Teſtib. cog. vel non.* In *d. cap pen.* ſic habetur; *Teſtes, qui fuerint nominati, præterquam ſuper criminibus (ſi ſe gratiâ, vel timore ſubtraxerint, vel odio) per Cenſuram Eccleſiaſticam cogatis veritati teſtimonium perbibere:* Ergo ſubjungit D. Bokelman, Cenſura Eccleſiaſtica coercentur, non coguntur; ſcilicet. Atqui non eſt alia coactio, cujus diſciplina Canonica facultatem habeat. Hoc igitur eſt cogere [illegible]. Eſt tamen verum, quod Canonici hac parte Cenſuram in Jus Civile jactant, in *cap* 3. *ejuſd. tit. Teſtes, qui interfuerunt facto, monendi ſunt, non cogendi, ad ferendum teſimonium veritati:* Et mox; *Licet ad hoc paſſim de Juris Humani rigore compelli poſſint.* Hoc igitur non pu-

tant eſſe Eunomicum, cogere teſtes promiſcuè: Sed addunt exceptionem; *niſi teſtes odio, vel gratia, vel timore ſe ſubtraxerint*, quibus caſibus *Eccleſiaſtica diſtrictione* compellendos eſſe ad ferendum teſtimonium, reſcribit Alexander *in cap.* 1. & Honorius *in cap. ult. d. tit.* Idque licet teſtis juraverit, ſe teſtimonium non eſſe perhibiturum *in cap.* 4. Imo indiſtinctè, *ſi veritas aliter nequiverit elici in cauſis Eccleſiaſticis*, ad illud per Cenſuram Eccleſiaſticam compellendos eſſe docet Clemens *in cap.* 5. Parum abeſt, quin ita Canonici ultro in ſententiam Juris Civilis concedant. Nam ratio, quod inviti ad teſtimonia dicenda compelluntur, non eſt alia, quam Pontifices exceptionibus ſuis prætendunt, nec enim teſtes aliâ causâ recuſare ſolent officium veritati præſtandum, niſi propter *odium*, *gratiam*, *vel timorem*. Nec facile, ſi veritas aliter conſtare queat; vim coactionis adhiberi velint Juris Civilis auctores. Nuſquam ejusmodi promiſcua neceſſitas & vis coactionis legibus injuncta repetitur, ſed officium judicis pro diverſitate ſingularium, nuſquam magis, quam in probationibus exigendis & æſtimandis regnat. Huc igitur omnis Canonici & Romani Juris diſcrepantia redire videtur; quod criminales cauſæ excipiuntur in *d. l. pen.* quâ parte Cenſuram Pontificis facile ſuſtinebimus, ſalutari ſeveritate publicæ in criminum reos animadverſionis, quam illi prætextu clementiæ, & vindicativæ juſtitiæ invidiâ, non magis eludere poſſunt, quam Sacræ ſcripturæ locis, quæ Judiciorum vigori ſolita ſunt opponi, de quibus, ad *Rubr. Tit. de Judice ſuprà* egimus & inferius ad Tit. de Accuſation. porrò videbimus. Quin ipſi Pontifices fictam miſericordiæ adſeverationem detegunt, quando crimina & injurias adverſus Eccleſiaſticas perſonas admiſſa excipiunt *cap. 5. d. tit.* magis ſuæ potentiæ, ut videtur, adſerendæ causâ, quam quod injurias ab illis mollius & remiſſius accipi, Euangelicâ & Paſtorali Profeſſione ſit indignum. Proinde Romani Juris interpres, forte nihil quod jure in Canonibus reprehenderet, invenire non poſſet. Habent illi certe, quo Juſtinianum ſuæ Cenſuræ notâ intactum relinquere debeant.

2. Cæterum, aliena non eſt ab Eunomia Quæſtio, an remiſſio cogendi invitos ad teſtimonium perhibendum perſonis facta propinquis, locum habeat in Civilibus etiam Controverſiis, an reſtringenda ſit ad criminales cauſas. In quibus eſt ratio peculiaris, non offendendi ſanguinis neceſſitudinem. In civilibus intercipi copiam veri, ob propinquitatem, non eandem videtur habere rationem. Sed egimus hac de re, quod ſatis eſt in *Prælect. ad h. t. n.* 15.

3. Sed quid hoc, quod in *noſtra L.* 19. Publicani excipiuntur, ut ſenes, valetudinarii, milites? Quid in illis eſt meriti ſingularis, ut remittatur illis neceſſitas dicendi teſtimonium? Dixerit aliquis haud abſurdè, non tam ob meritum dignitatis, aut fortunæ, illos eximi ab hac neceſſitate, quàm ob temeritatem, audaciam & improbitatem, quæ illis adſcribitur opinione populorum, & in ipſis Legibus *L.* 12. *d. Publican.* Ut forte non ſit operæ prætium, homines exoſæ profeſſionis, ſuſpectæ probitatis, aliiſque vexandis tàm crebrò deditos, ad dicenda teſtimonia, compellere officio publico. Sed quia junguntur hic iis, qui juſtâ ex causâ abſunt, qui exercitui quid præbent & pupillis, non

non eſt, ut odii cauſâ in hanc claſſem relati videantur. Quid igitur ad Eunomiæ rationem? Gotofredo tanti viſa eſt hæc difficultas, ut textum putaverit emendandum, hoc modo; *Inviti teſtimonium non dicunt publicani*; *tunc*, *cum quid exercitui præbendum conduxerint*; *Item is*, *qui non detrectandi teſtimonii cauſâ aberit &c.* Sic enim non fuerit hoc privilegium Publicani, qui non ſit eo dignus, ſed fiſci & annonæ militaris. Cenſura nimis pro negotii modo gravis Nec tam parvi nobis eſt pretii Florentinus liber, ut tam levi cauſa tantæ molis emendationem recipiamus. Præter, quod Publicani non adhibentur ejusmodi conductionibus & ſubvectionibus annonæ militaris, ſed tales ad publicanos remittuntur *l.* 4. §. 1. *d. Public.* quem Gotofredus locum adſtruendæ Criſi ſuæ allegavit, haud bonis avibus. Nihil ne ergo ſupereſt, quam ut hunc Juris Romani articulum ratione deſtitutum, & moribus hodiernis ſpretum atque mutatum, cum Automno & Groenewegio *ad h. l.* ſtatuamus? Diverſitatem hac parte moris hodierni à Jure Civili fateamur, Rationem ideo defuiſſe Romanis negemus. Pendet hæc res à ſtatu Reipubl. & temporum. In Imperio Romano, quod per tres orbis habitati partes diffuſum erat, Publicani, imprimis Magnarii, Romæ vectigalia provinciarum redimentes, in perpetuo ſtatu erant, ut vectigalium cauſa abeſſe deberent, idque Reipublicæ cauſâ fieri videbatur: Sed in noſtris Civitatibus & Imperiis, minimè tam vaſti ambitus, abſentia illa non eſt tam frequens & diuturna. Veteres militibus hac parte publicanos comparaverunt; quod pro illo temporum ſtatu nemo à ratione dixerit eſſe alienum. Hodie non idem ſervari, mutato, ut diximus, hac parte rerum ſtatu. Groenewegio concedimus. Etſi nec admodum urgeri publicanos, ad hoc veritatis adeferendæ officium, pleroſque non admodum graves & ſanctos homines, mos eorum & uſus temporum docet.

Arcadius qui & Chariſius Lib. ſingul. de Teſtibus.

Si ea rei conditio ſit, *uti harenarium teſtem*, *vel ſimilem perſonam admittere cogamur*: *ſine tormentis teſtimonio ejus credendum non eſt.* L. 21. §. 2. *d. Teſtib.*

1. Qui Criminum reos Quæſtionibus per tormenta ſubjici poſſe credunt, nec eâ re lædi jus Gentium & naturale putant, ſatis habent negotii adverſus Theologos & Juris Conſultos quam plurimos, inter quos ambo præceptores mei in Jurisprudentiæ ſtudio, D. Wiſſembach & Anton. Matthæus filius, Ultrajectinæ Anteceſſor Academiæ. Sed teſtes nullius accuſatos Criminis ſubjicere Tormentis, etſi nec teſtimonium recuſantes, nec falſi convictos, aut de facto ſuſpectos, ſuperat omnem, ut videtur, barbariem & immanitatem. Parata ſit exceptio, nonniſi de perſonis viliſſimis & improbatæ Profeſſionis id eſſe conſtitutum, quales harenarii, qui ad depugnandum in arenâ publicè operas ſuas locant. Sed nulla conditio fortunæ tam poteſt eſſe deſpecta, vel turpis, ſi tamen impune verſetur in eâ, ut ſine ullo merito tormentis ſubjici debeat. Rurſus tamen pro Lege dici poteſt; Carenarios, ſimilisve proſtituti pudoris homines, quales etiam ſunt meretrices, quæ ſimiliter impune quæſtum profitebantur apud

 Roma-

Romanos, non poſſe penitus excludi ab omni facultate perhibendi teſtimonii, per ea quæ diximus ad *l.* 12. *h. t.* Nec tamen utilitati publicæ convenire, ut pari conditione cum cæteris admittantur: nec adeo fides illis adhiberi poſſe videtur niſi aliquo tentamine cruciatus, illorum conſtantia & ſynceritas exploretur: Cui ſeveritati cum vita illorum projecta & obſcœna cauſam dederit, minus illorum reſpectu, de hac cautione duriori, querelæ ſupereſſe videtur. Etſi mollivit hanc ſeveritatem Juſtinianus in *Nov* 90. *cap.* I. ubi teſtes ejusmodi ſtatuit *δύνασθαι καὶ βασάνοις ὑποκεῖσθαι*, poſſe tormentis ſubjici; *Εἰ καὶ φανεῖεν ἄλλως, περὶ τὴν μαρτυρίαν τῶν ἀληθῶν διαφθεῖραι σπεύδοντες; Si id agere videantur, ut omnino circa teſtimonium veritatis aliquid falſi committant.* Quo caſu, nihilo Plus in hoc uſu Tormentorum difficultatis fuerit, quàm eſt in univerſâ Quæſtione, quæ ad alium locum pertinet. Non eſt etiam ab hodiernis Gentium moribus & legibus alienum, ut adverſus hoc genus hominum, faciliores ſint ad tormenta, quam adverſus alios: Quomodo in Friſiæ Statutis, cum ad Quæſtionem, niſi poſt Judicium contradictorium, nemo condemnetur, vagabundi tamen, ex ſuſpicionibus, ſine judicio tormentis ſubjici poſſunt *l.* 2. *Stat. tit.* 8. *art.* 5.

Papinianus Lib. I. Definition.

Error facti ne maribus qui dem in damnis, vel compendiis obeſt. Juris autem error nec feminis in compendiis prodeſt Ceterum in omnibus juris error in damnis amittendæ rei ſuæ non nocet. L. d. Jur. & fact. ignor.

1. Et ratio & juris regula vult, Feminas in Juris & Facti ignorantiâ melioris eſſe debere conditionis, quàm ſunt Mares, propter infirmitatem ſexus in *l.* 9. *in pr. h. t.* Sed hujus loci doctrina nullam inter mares & feminas relinquit diſcrepantiam. Nam ſi feminæ in facti erroribus excuſantur, Viri æque ab illorum incommodis ſunt liberi. Si Juris ignorantia feminis eſt innoxia in damnis, Viri æque gaudent hac immunitate. Denique, ſi in lucris non prodeſt Juris ignorantia Viris, ne feminæ quidem hactenus inde commodum ſentiunt, quemadmodum ex hoc loco intelligimus. Ecquid ergo reliquum eſt differentiæ: Et quomodo illa cohærent? Quin imo ſæpe & in damnis nocere, & in lucris prodeſſe videtur ignorantia juris. Nam qui mutuum repetit à filiof. creditum illi per juris ignorantiam, certat de vitando damno, neque tamen adjuvatur, niſi minor annis xxv. ſit. Item, ſi quis à muliere intercedente petat, quod alii, qui ſolvendo non eſt, fide mulieris credidit, hic certat de damno, & tamen ignorantia juris Vellejani nullo modo ipſi prodeſt, ut ex *Titt. ff.* de SCto Vellej. & Maced. pridem intelleximus. Rurſus; Heres in legatis agit de lucro, & tamen juris ignorantia non vetat repetere cautionem legatorum causâ in Teſtamento remiſſam *l.* 1. *Ut in poſſeſſ. legat.* Non vetat etiam Juris ignorantia lucrari fructus hereditatis alienæ *l.* 25. §. 6. *d. Hered. petit.*

2. Hæc ſpeciem habent male cohærentium Juris principiorum: Vim tamen non habent, ad regulas hujus loci ſubvertendas: Etſi de hujusmodi regulis inprimis verum ſit; Omnem definitionem eſſe periculoſam in Jure Civili, quia vix

vix ulla ſubverti non poſſit, exceptionibus in infinita actionum humanarum varietate uſque quâque pullulantibus *l. 202. d. R J.* Sed videamus, an hæc res ſit è genere inexplicabilium. Ergo etſi tam Viri, quam feminæ, ob errores facti excuſantur, & ſic in univerſo genere conveniunt, in gradu tamen & in ſpecie, ut hanc vocem noſtri accipiunt, poteſt eſſe diverſitas: ut quibus in cauſis Virorum, pro ea quæ decet illos conſtantia & peritia, non admitteretur excuſatio, ob errores facti; in iiſdem tamen imbecillitas feminarum conniventiam excuſationis admitteret. Præterea, eſt genus actionum hac regulâ non excluſum, in quo feminæ per juris ignorantiam excuſantur, in delictis levioribus, Viri non æquè. Sic feminis in pœnâ inceſtus non jure Gentium prohibiti ignoſcitur *l. 38. §. 2. Ad. L. Jul. de Adult*, Etiam à pœnâ SCti Turpiliani, propter accuſationem temere motam & omiſſam *l. 1. §. 10. verſ. Atqui Papin. Ad SC. Turp.* eademque adverſus illas indulgentia in aliis minoribus delictis utuntur leges, de quibus in *Prælect. ad h. t. n. 2.* Quod attinet ad exempla objecta, quibus Juris ignorantia nocere dicitur in vitandis damnis, & prodeſſe in lucroſis, contra regulam *h. l. & Præced.* non videtur hæc ita, ſicut in objectione fit, accipienda. Fidejuſſorem aliquis accepit mulierem, ignorans illam Senatus Conſulto Vellejano intercedere prohiberi. Non ſolvitur ei à creditore principali, idque jam habet damnum; Quando convenit mulierem ex fidejuſſione, vult reſarcire damnum inflictum, non evitare quod adhuc infligendum ſit. Reſtitutio damni pridem illati, non eſt eadem cum evitandi damni conatu. Hanc ſolutionem applicuimus etiam alteri exemplo de mutuo filiifamilias in *Prælect. ad h. t. n. 4.* ſed propius admota videri poteſt ſubtilior quam verior. Certe enim qui petit mutuum à filiofam. cum ignoraſſet SCtum Macedonianum, manifeſtò certat de damno vitando, nec tamen ignorantia Juris excuſatur *l. 3. in pr.* verbis; *nec juris ignorantia.* Quid dicemus? Hoccene quod D. Wiſſembachius probat *in Comm. ad h. t. noſt. diſp.* 41. verba hujus Regulæ ſtrictè eſſe accipienda, de damnis *rei amittendæ*, quando adhuc ſumus domini; Juris ignorantiam non nocere *ſuum* petentibus *l. 7. h. t.* nec habere locum hanc regulam in caſibus, quibus dominium rei jam à nobis abſceſſit, quemadmodum in Senatus Conſultis Macedoniano & Vallejano uſu venire certum eſt. Hac reſponſione ſi utamur, dicendum erit, Condictionem Indebiti ob Juris ignorantiam penitus ceſſare; quia ſane dominium ejus, quod indebitè ſolutum eſt, à ſolvente receſſit, ut condictio ſatis arguit *§. 14. Inſt. de Action.* Etſi autem D. Wiſſembach aliique non dubitant, Indebiti condictionem ceſſare propter Juris ignorantiam, per *l. 10. C. d. jur. & fact. ignor.* nobis in id tamen concedere religio eſt, redditis rationibus ad *Tit. Inſt. de Obligat. ex quaſ. Contr. n. 8. per l. 1. in pr. Ut in poſſeſſ. legat. l. 7. d. Condict. cauſ. dat. cauſ. non ſequ. l. 1. C. de Condict. ob cauſ. dat.* Secundum quæ, Vox *ſuum*, latè ſumpta fuerit, *in d. l 7. & h. l. 8.* pro omni eo, quod ad nos pertinet, etiam, ut debitum nobis complectatur, ſicut in definitione Juſtitiæ, in tribus Juris præceptis *Suum* proculdubio accipitur, & in *l. 6. §. 6 d. His quæ in fraud. Cred. l. 5 §. Si cum. d. Except. d. l. 5. C. de Hered. petit.* Repudiata igitur hac ratione reſpondendi, nihil ſupereſt, quam ut dicamus: Ignorantiam juris ita excuſare in damnis ammittendæ rei, ut tamen Le-

Digitized by Google

ges ſpecialiter latæ contra aliquos actus, non eludantur, nec inutiles fiant hoc prætextu; quales ſunt iſta duo Senatus Conſulta.

3, Superſunt exempla, quibus ignorantia Juris in lucris prodeſſe dicitur, ut eſt condictio cautionis legatorum, quæ per Juris ignorantiam præſtita fuit *in l. 5. Ut in poſſeſſ. legat.* ſed hæc quoque res non videtur ad lucri cauſam referenda. Heres fideicommiſſum ex voluntate Teſtatoris debens Tertio ad diem certum cautionem eo nomine præſtitit, cum Teſtator ei cautionem remiſiſſet; quam ipſi de jure non poſſe remitti crediderat Male; ſed tamen non eſt hoc proprie lucrum petere; eſt ab onere liberari velle, tametſi cauſa oneris erat lucroſa; quia tamen condictio cautionis non pertinet ad lucrum, ſed ad oneris levamen, placuit, benigne, juris ignorantiam hac parte non imputari heredis præjudicio. De Fructibus hereditatis exemplum pertinet ad hanc regulam; Quod bonæ fide poſſeſſor lucratur fructus conſumptos. Eſt autem bonæ fidei poſſeſſor, qui putavit, ſe eſſe dominum. At, qui per juris errorem id putavit, utique in eâ fuit opinione. Proinde bonæ fidei cum ſit, fructus etiam lucrari debet. Non tam eſt igitur exceptio hæc à Regula, quod Juris ignorantia in Lucris non profit, quàm ampliatio & explicatio regulæ de bonâ Fide in perceptione fructuum, quod hæc per juris ignorantiam non amittatur. Hæc addi velim dictis in *Prælect. hic. n.* 3. Denique, ſi quis etiam à definitione hujus *l.* 8. non putet alienum eſſe dictum Javoleni, quod eſt in *citatâ l.* 202. *d. R. J.* non habemus quod adeo modum refragemur.

EUNO-

Digitized by Google

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD LIBRUM XXIII. *PANDECTARUM*, VINDICIÆ.

Pomponius Lib. III. Inſtitut.

SPONSALIA *ſunt mentio & repromiſſio nuptiarum futurarum. L. 1. d. Sponſal.*

1. Nota & certa eſt Romani Juris ſententia, Nuptias non perfici concubitu, ſed conſenſu, ex *l. 30. d. R. J. l. 15. d. Condit. & Demonſtr. l 4. de Fid. inſtrum. L. pen. fin. pr. d. Donat. int. Vir. & Ux.* Illum conſenſum oportet eſſe diverſum à Sponſalibus, quæ de *nuptiis futuris* concipiuntur. Proinde quando Sponſalia fiunt, nuptiæ adhuc futuræ ſunt. Et cum Nuptiæ ſolo conſenſu perficiantur, ad Sponſalia verò ſolus etiam Conſenſus ſufficiat *l. 4. in pr. h. t.* duplicem oportet eſſe Conſenſum temporibus diſcrepantem, quo Sponſalia, & quo Nuptiæ perficiantur; nec ſine ejusmodi diverſitate conſenſionum, hæc principia ſibi conſtant. Atqui difficile dictu atque probatu eſt, apud Romanos ejusmodi Conſenſu duplici Nuptias & Sponſalia ſemper fuiſſe diſcreta. Fuiſſe aliquando, non eſt dubium, quia Sponſalia celebrantur inter eos etiam, qui nuptiis per ætatem contrahendis non ſufficiunt *l. 9. l. 11. l. 14. h. t.* ſed hoc etiam videtur abunde conſtare, quod Conſenſus de matrimonio contrahendo, per quem patres ſe valide ad fidem conjugalem obligant, cum animo illam quantocius implendi, Sponſalia nuncupetur. Hoc apud Romanos ita obtinuiſſe, teſtis eſt locuples A Gellius in *lib. 4 Noct. Att. c. 4.* ubi, *Qui uxorem*, inquit, *ducturus erat, ſtipulabatur, eam in matrimonium ductum iri: qui daturus erat, itidem*

Digitized by Google

dem ſpondebat, daturum. Is contractus Stipulationum ſponſionumque, dicebatur Sponſalia. Tum quæ promiſſa erat, ſponſa appellabatur: qui ſpoponderat ducturum, ſponſus. Non poteſt clarius exprimi, non aliud fuiſſe moris apud Romanos, quam eſt hodie, inter omnes populos: ut qui fidem matrimonii mutuo ſibi dederunt, quamdiu intra terminos Conventionis ſubſiſtunt, Sponſus & ſponſa dicantur. Sic etiam Juvenalis *Sat.* 6. de nuptiis agens,

Conventum tamen & pactum & ſponſalia, noſtra
Tempeſtate paras?

Et mox: *Jam digito pignus fortaſſe dediſti.*
Dein, *Uxorem Poſtume ducis?*

Huc etiam reſpicit Ulpianus *in l. 4. h. t. Sponſalia autem dicta ſunt à Spondendo: Nam moris fuit Veteribus, ſtipulari & ſpondere ſibi uxores futuras. Unde & Sponſi ſponſæque appellatio nata eſt l. 3. eod.* Poſtea *nudus conſenſus ſuffecit ad Sponſalia conſtituenda l. 4. eod.* Nihil eſt clarius, quam talem conſenſum in his qui poterant & volebant inire nuptias, unicum fuiſſe, qui præcederet Nuptias, nec in quotidianis Nuptiarum contractibus alium interveniſſe conſenſum, quàm qui *Sponſalia* diceretur, eaque ſequutam fuiſſe Nuptiarum celebritatem & conſummationem, ut pluribus à nobis probatum eſt *in part. 1. Digreſſ. lib. 2. cap.* 8. Sed quid tum fiet huic definitioni, ſi verum ſit, quod eſt veriſſimum, Nuptias ſolo conſenſu perfici; quænam eſt illa mentio & repromiſſio *futurarum* nuptiarum? Niſi nuptias pro ritu celebrandi & implendi illas copula carnali, accipere velis; quod eſſe contra uſum Juris & regulam *tot locis ſupra citatis* adſtructam, patet, adeoqui majorem Arti confuſionem inferret, quam modo inferre videtur hæc definitio; ſi de Sponſalibus ordinariis, & non tantum de iis, quæ non niſi rarò inter impuberes fiunt, intelligenda ſit, ut omnino capiendam videri mox videbimus.

2. Creduntur illud vidiſſe Juris Canonici Auctores, qui propterea caverint hoc definitionis incommodum, faciendo duorum generum Sponſalia, de *futuro* tempore, & alia de præſenti *cap. pen. X. de Sponſal.* Ut *de futuro* ſint, quæ inter impuberes, aut alios, qui longo tempore nolunt adhuc perficere nuptias. De præſenti, Ordinaria ſint Sponſalia, quæ purum in Nuptias conſenſum continent. Bene Pontifices, ſi iſtum de nuptiis conſenſum ab ipſo matrimonio diſtinguerent. Sed illi non minus quam Juris Civilis auctores ingeminant; *matrimonium non facere coitum, ſed voluntatem c. 1. cauſ. 27. Qu. 2.* Item in *cap. Tuæ fraternitati, Matrimonium in veritate contrahitur per Legitimum Viri & mulieris conſenſum.* Quibuſdam autem poſt Nuptias ſupervenire dicitur *d. cauſ. 27. Qu. 2. c. 35. & ſequ.* Quid ergo fiet Sponſalibus de præſenti, ſi differant à matrimonio, & hoc Conſenſu ac voluntate perficiatur? Quid eſt medium inter Conſenſum de nuptiis, id eſt, ipſum matrimonium & Sponſalia de præſenti? Apparet nihil; nec Confuſio minor, quam Jure Romano. Niſi cum Tuldeno, poſt alios, *ad tit. C. de Nupt. n.* 3. ſtatuas, Matrimonium jure Pontificio, ſaltem noviſſimo, non perfici ſolo conſenſu; quod tamen non perſuadet, refragantibus antiquis ſupraque citatis locis: nec novis è Concilio Tridentino inſtitutis id efficientibus, ut demonſtravimus *in d. lib. 2. Digreſſ. c. 7. n.* 3.

3. Quod

3. Quid ergo fiet utriusque Juris Eunomiæ? Rem inſolitam aggredi videamur, ſi jus vetus ex moribus hodiernis interpretari viſum fuerit. Attamen, ſi facultas hic loci fuerit ita inſtituendi, tentemus. Hodierno gentium uſu, præter Sponſalia rationis uſus, inter impuberes aliosque à nuptiarum exercitio adhuc alienos, nomen Sponſaliorum ſibi vindicant, Promiſſiones Nuptiarum ſive matrimonii, factæ inter eos, qui parati ſunt ad ipſas Nuptias in actum deducendas. Hæc Sponſalia vocantur, & qui illa contraxerunt, Sponſus & Sponſa dicuntur, uſque ad impletum conjuctione corporali matrimonium. Attamen qui rem magis, quam verba conſiderant. ejusmodi promiſſiones nuptiarum, habent pro ipſo matrimonii vinculo, quod ad fidem & qualitatem attinet conjugalem: ſed implementi, quod ſummam voti conjugalis continet, reſpectu, res adhuc futura tum videtur Matrimonium. Non putem, erraturum, qui dixerit, eodem modo, ſe rem apud veteres habuiſſe Romanos, ut Promiſſiones Conjugales ſtatim Vocarentur *Sponſalia*, Nuptiarum appellatio magis ad implementum conjunctionis corporalis referatur. Quorſum igitur in definitione, Sponſalia tam diſertè ſeparantur à nuptiis, ſi tam hæ, quam illæ in Conſenſu matrimoniali conſtiterint? Quia non viſum fuit Romanis, hoc populare diſcrimen in Artem Juris inferre, quemadmodum Canoniſtis placuit. Sed ut termini bene conſtarent, Sponſalia definiverunt ita, ut à matrimonio realiter differrent; eaque ſola intelligerentur in definitione, quæ hoc reale diſcrimen continerent, ut ſunt ea, quæ fiunt inter impuberes, aliosve, non habentes adhuc jus aut conſilium perficiendi nuptias, de quibus ſpecialiter agunt in *l.* 6. *l.* 7. §. 8. *l.* 9. *l.* 11. *l.* 13. *l.* 15. *in fin.* & *l.* 17. *h. t.* Quomodo etiam Canoniſtæ è Tridentino Concilio *Decret.* VII. *l.* 4. *tit.* 1. *c.* 2. noviſſime tradunt; *Matrimonia per verba de præſenti contracta, non tamen conſummata INTERDUM Sponſalia, nec niſi impropriè*, appellari. Hæc adde ſis iis, quæ dicta ſunt in *d. lib.* 2. *Digreſſ. c.* 7. 8. 9. & *in Prælect. ad h. t. à pr.* Definiantur hic igitur Sponſalia quæ fiunt inter eos, qui non poſſunt vel adhuc longo tempore nolunt perficere nuptiæ.

Ulpianus Lib. ſingulari de Sponſal.

Sed quæ patris voluntati non repugnat, conſentire intelligitur. Tunc autem ſolum diſſentiendi à patre licentia filiæ conceditur, ſi indignum moribus, vel turpem ſponſum ei pater eligat. L. 12. *d. Sponſal.*

1. Dura Lex in puellas, præ adoleſcentibus, ſine quorum libero conſenſu Sponſalia ipſorum contrahi non poſſunt *l.* 13. *h. l.* 21. *d. R. N.* Filia familias ne quidem rogatur, verum ſi præ verecundiâ non repugnet, obligatur; Nec ſi repugnet, quicquam proficiat, abſque ulla exceptione, niſi quando Pater indignum moribus, aut turpem Sponſum elegerit. Quaſi non cuique ſuum hac parte judicium, & qui patri ſatis aptus, filiæ turpis videri non poſſit; nec ſæpe contingat, ut matrimonia cum Viris non plane turpibus, aut indignis, à filiabus familiarum abſque averſione tædioque animi ſecretâ & duratura, per aucto-

Digitized by Google

ritatem patrum contrahantur, eventu ſæpe triſtiſſimo. Mirum eſt, Theodoram Juſtiniani, Imperatricem, quæ mulierum jus plurimum auxit, operam non dediſſe, ut hac parte fœminæ Viris æqui pararentur; cum & alioqui Juſtinianus, ut naturæ Accuſatores increpet eos, qui diſcrimen inter mares & fœminas juridicam ſtatuunt *l.* 4. *C. de lib. præter.* Hinc etiam moribus hodiernis, hoc caput Romanæ Juriſprudentiæ eſſe abolitum, ſaltem in Gallia & Germaniâ utraque, teſtis eſt Groenewegius ad *h. l.* Quin etiam Jure Canonico modeſta diſſentiendi & contradicendi facultas, extra cauſam manifeſtæ turpitudinis, aut indignitatis non negatur, Puellæ filiæfamilias, *cap. cum locum* 14. *X. de Sponſal.*

2. Quod ad meritum Cenſuræ attinet, res pendet à moribus & inſtitutis populorum, qui non pauci ſunt, in quibus rigor *L. hujus* etiamnum ſervatur, & ubi filiæfamilias non conſuluntur, ſed à parentibus inſciæ nuptiis elocantur. Idque laudatur ex Ambroſio in *Cap. Honorantur* 73. *cauſ.* 32. *qu.* 4. allegato etiam Euripidis diſticho, qui Hermionem ita facit *loquentem, in Androm.* ſuaviſſimè.

> Νυμφευμάτων μὲν τῶν ἐμῶν Πατὴρ ἐμὸς
> Μέριμναν ἕξει, κ᾽ οὐκ ἐμὸν κρίνειν τάδε.
> *Sponſaliorum quidem meorum Pater meus*
> *Curam habebit; nec mei res eſt illa judicii.*

Non eſt tamen, ut hoc, quod in puellis laudabile & decorum habetur, in neceſſitatem adeò coarctatam vertatur. Ideoque licet hic mos ſuâ ratione probabili & honeſta nitatur, magis eſt tamen, ut earum gentium mores, quæ filiabus diſſentiendi facultatem non magis, quam filiisfamiliarum negandam putant; præferamus *l.* 13 *h. t.* Et ſic indubitata maximæ partis Europæ eſt obſervatio; Etſi in Italia & in Græcia, quemadmodum in omni Oriente, jus hujus *l.* 12. magis adhuc valeat.

Paulus Lib. xxxv. ad Edict

Nuptiæ conſiſtere non poſſunt: niſi conſentiant omnes: Id eſt, qui coëunt, quorumque in poteſtate ſunt. L. 2. *d. Rit. Nupt.*

1. Parentum in Nuptiis incundis conſenſum à liberis adhiberi, naturalis & Civilis ratio ſuadet, ait Juſtinianus in *pr. I. de Nupt.* Sed quod adeo ſit neceſſarius Parentum conſenſus, ut Nuptiæ ſine eo ſint ipſo jure nullæ. hoc eſt, *conſiſtere non poſſint*, ut habet hic textus, quod explicatur *in* §. *pen. I. de Nupt.* juſtam Cenſuræ materiam Canonici & Pragmatici Juris auctoribus præbere videtur. Nam etſi Canones parentum conſenſum ſatis valide requirant in *C. aliter, C. noſtrates, C. Qualis, C. Sponſus* 30. *q.* 5. Item *cauſ.* 2. *qu.* 2. *Cap. non omnis, Cap. Honorantur & Cap. ult.* alia tamen iiſdem in locis requiſita nuptiarum memorantur, & conſenſui Parentum junguntur, quæ ad eſſentiam illarum nullo modo pertinent. Idque liquidius eſt ex his textibus. *Cap. Sufficiat cauſ.* 27. *qu.* 2. ubi; *Sufficiat ſecundum Leges ſolus eorum conſenſus, de quorum conjunctionibus agi-*

Digitized by Google

agitur. & Raptor, qui filiæfamilias raptæ conſenſum ad nuptias habet, etſi parentes reclament, ad matrimonium tamen admittitur *C. cum cauſa X. de Raptor.* Idem Juri Divino & Naturali eſſe conſentaneum, ſtatuit Grotius *in lib* 2. *c.* 5. *n.* 10. ubi docet, quod eſt veriſſimum, idque Parentum Conſenſui applicat in matrimonio, non omnia quæ juri naturæ repugnant, id eſt, improbantur, eodem jure naturæ eſſe irrita vel nulla: ſed ea demum, in quibus deeſt principium, dans validitatem actui, aut in quibus vitium durat in effectu, ut accidit in conjunctionibus inceſtuoſis. Sed nihil ejuſmodi eſt in conſenſu Parentum nuptiali, neque pertinet hic ad principium matrimonii internum; quod eſt omnino penes contrahentes: Ipſa quippe ratio naturalis dictat, ut quisque de facultate ſuâ, id eſt, de eo, quod plene & directè ipſius eſt, liberè diſponat: Atqui nihil magis propriè noſtrum, quam eſt gignendi facultas, exiſtere poteſtque cum principium matrimonii conſtituat internum, hoc oportet naturaliter in poteſtate ſit contrahentium. Quod etiam è defectu Conſenſus paterni eſt vitii in hoc Matrimonio, tranſitorium non durabile eſt. In ſacris quidem literis, *pergit Grotius*, multos videmus pios viros, magisque mulieres, in contrahendis nuptiis ſecutas auctoritatem parentum: ſed non tamen irritum pronuntiatur Eſavi matrimonium, aut liberi illegitimi cenſentur, qui ſine tali auctoritate nuptias contraxerat, *inquit.* Urget etiam Jus Romanum Grotius, hac ratione, quod Diſſenſio matris, cum jure naturali & divino ſit eadem erga ipſam liberorum obligatio; nuptias filiorum filiarumque non facit nullas. Cui accedit, quod ex ratione Juris Gentium, actus liberorum adultorum, qui non ſpectant ad regimen familiæ, Patriæ poteſtati ſubeſſe nequeant. Hic autem actus ineundi matrimonii non modo talis non eſt, ſed aperte quoque ad ſeparationem domus & familiæ pertinet. Accedunt ampliationes in Jure Civili, quæ ſententiam hanc faciunt duriorem ac incivilem: *prima*, quod nullitas illa ſit perpetua, neque ceſſet, etſi liberi ad juſtam imo provectam ætatem pervenerint: quod plerisque populis à rigore juris civilis alioqui non alienis, adeo diſplicuit, ut ætatem xxv. annorum pro termino hujus neceſſitatis receperint, quâ de re Groenewegius *ad h. L.* Altera notetur ampliatio: quod etſi *Nuptiæ liberorum*, ſine parentum conſenſu initæ, conjunctione corporum ſint impletæ, licet inde liberi ſint nati ſuperſtites, tamen Conjugium maneat nullum, ideoque Pater ejuſmodi Nuptias de facto diſtrahere, filiamque vel filium ſuum abripere poſſit ex amplexu amati, vel amatæ, poſtquam in unam carnem eademque oſſa jam coaluerint: quod ingens caterva Theologorum & JurisConſultorum, quos citat Sandius noſter *in lib.* 2. *Deciſ. Tit.* 1. *def.* 4. putant eſſe deforme, crudele, ſcandaloſum. Ita conſtat, multiplex Cenſuræ graviſſimæ argumentum.

2 Cui melius parere clariusque ſatisfacere non poſſumus quam inde ab initio Patrocinium doctrinæ Juris Romani hac in parte ſuſcipiendo, quod optimè fiet, ratione prius expoſitâ, per quam hæc ſeveritas graviſſimo Legislatori placuit. Notum eſt, præcipuam Juris poſitivi partem conſiſtere in rebus probabili ratione ſubnixis, & Honeſtate commendatis, quæ ſi cum ſtatu Civitatis & utilitate civium bene conveniant, creberrimam & juſtiſſimam Legum latoribus materiam ſanciendi, & δύναμιν ἀναγκαστικὴν, *viam coactivam* addendi ta-

 libus

libus inſtitutis ſuppeditant. Eſſe autem valde probabilem hujus obſervantiæ rationem, ut liberi conſenſum parentum in Nuptiis adhibeant, nemo diſſentientium negat: Nec eſſe rem majoris momenti, ad Civium fortunas ſtatumque familiarum in ordine ſalutari continendum, quam ſit prudens rei conjugalis adminiſtratio, non minus omnes fatentur. Quid ni igitur Reipubl. moderator rem adeo præſtantem liberis injungat, ut neceſſariam: cum nulla ſit in omni genere vitæ, cujus libertas facilius in licentiam, ſummo diſciplinæ publicæ privatæque ludibrio, degeneret? Idque nemo clarius & crebrius ingeminat, quam Canonici Juris auctores, in tot ſuprà laudatis textibus, quibus non modo laudant, ſed etiam inculcant liberis, ne Parentum in Nuptiis conſenſum negligant. Sed non eſt, quod ſollicite, cauſas honeſti & probabilis in hoc argumento cumulemus; In iis facile omnes conveniunt. Sed in Nullitate matrimonii, propter hunc defectum, vertitur omnis difficultas, ubi primo Canonici Juris auctoritati, ut ordinem objectionum ſequamur, eſt ſatisfaciendum.

3. Si audimus Wiſſembachium noſtrum, nihil eſt facilius, quam demonſtrare, Canoniſtas eſſe vitio creatos Cenſores, dum honeſtatis cauſâ requiri Conſenſum Parentum, de neceſſitate non requiri docent, ut *ſuperius* dictum eſt. Peſſimo divortio Honeſtatem à Neceſſitate ſeparant Canoniſtæ, ait D. Wiſſembach *diſp. 6. ad Inſt. th.* 22. Nam id demum poſſumus, quod honeſte poſſumus *l.* 15. *d. Condit. Inſt.* In matrimoniis, id quod honeſtum eſt vel potiſſimum obſervandum eſt *l.* 42. *d. Rit. Nupt.* Plus in Jure Honeſtas deſideratur, quam Juſtitia *arg. C. porrò* 22. *cauſ.* 35. *qu.* 3. ut merito hoc nomine exploſi ſint, cum à Theologis & Ethicis, tum etiam à Chaſſanæo in *Catal. glor. M. part.* 12. *Conſid.* 36. Hæc Vir Cl. quibus ad Cenſuram Pontificii Juris auctoribus reponendam, quominus utamur, faciunt ea, quæ hac de re collocavimus in *part.* 1. *Digreſſ. l.* 2. *c.* 15. & *part.* 2. *c.* 7. *n.* 2. ubi probavimus; Honeſtatem non tantum pro Neceſſitate morali, ſed etiam pro decore & laudabili, non tamen oppoſito ſenſu neceſſariæ prohibitionis, aut neſarii ſumi. Nec ideo Cononiſtæ præcipuam reprehenſionem merentur, quod, cum defectum conſenſus paterni, nullitatem matrimonio inferre negant; honeſte tamen illum adhiberi, nec ſine reprehenſione omitti poſſe concedunt.

4. Quod ad Jus Divinum attinet, non eſt tam extra controverſiam, Conſenſum parentum non inferre nullitatem matrimonio, quam Grotius videri vult: Adeo, ut Theologi complures ejuſmodi conjugium nequidem copulâ carnali & ſupervenientibus liberis confirmari putent, ut auctoritate Petri Martyris, Theodori Bezæ, Franciſci Junii & Immanuelis Tremellii, denique Johannis Piſcatoris, & Hieronymii Zanchii, præter diverſos JurisConſultos, probat Sandius noſter in *lib.* 2. *tit.* 1. *def.* 4. *verſu. Contra alii:* Jus enim Patribus, elocandi filias, aut ſervandi datur, τηρεῖν ἢ ἐκγαμίζειν, ait Apoſtolus 1. *Corinth.* 7. *verſ.* 37. Idem conceditur Parentibus *in cap.* 7. *verſ.* 3. Adde, quod Pater filiæ ſuæ corruptori, qro lubitu, copulam matrimonii negare, vel concedere poſſit *Exodi* 22, *verſ* 17. Accedit *argum. cap. ult. in pr. Libri Jud.* ubi Benjamin Tribus ἀμάχως omnino extinguenda fuiſſe dicitur, eo quod Patres

tres reliquarum tribuum juraverant, ſe nulli è Benjaminitis, filias ſuas eſſe daturos in uxores: quâ gratiâ Raptus commentum & remedium excogitarunt; quo melius & rectius aliud in promptu fuerat, ſi filiæ, parentibus inconſultis, matrimonium contrahere potuiſſent. Quod autem de non reſciſſo Eſavi conjugio excipit Grotius, nihilo magis probat, apud Hebræos conſenſum non fuiſſe neceſſarium, quam id hodie probetur in Friſia (ubi ſic juris eſſe conſtat, ut matrimonium ſine juſſu Patris initum ſit ipſo jure nullum) exinde, quod pleraque ſic inita conjugia, de facto ibi non reſcindantur à Parentibus. Longe enim alia prudentiæ, & alia Juris eſt quæſtio. Plerumque malunt Parentes, liberos qualitercunque copulatos, re non amplius integra, in ſtatu, quo ſe præcipites dederunt, relinquere, quam ad extremam Patriæ poteſtatis lineam, exequi ſuum jus, contra liberos amoribus inconſultis inretitos. Ad quam partem prudentiæ pertinet adſpectus ille duritiæ & inclementiæ, quem pars hujus ſententiæ adverſa præferebat.

5. Cæteroqui juris Naturalis & gentium rationes, eſſe tantum honeſtas & valde probabiles, haud gravatè concedimus Grotio: ut tamen honeſtatem illam rationemque probabilem abunde ſufficere exiſtimemus, ad Eunomiam Romano Legiſlatori adſerendam, per ea, quæ *in princ. commentarioli ad h. l.* protulimus. Nec ampliatione, ſi copula carnali liberiſque matrimonium ſit confirmatum, ratione duritiæ & violentiæ, tam validâ oppugnatur hæc ſententia, quàm defenditur ex eo; quod abſurdum ſit, eum, qui peccavit, ad effectum rei, in quâ peccavit, obtinendum, novo & graviore peccato adjuvari: Et illicitam conjunctionem, per ſtuprum, quod eſt reverâ, ſubſecutum & continuatum, fieri juſtam & irrevocabilem, prout hanc rationem luculenter exequitur Sandius *in d. def.* 4. Sed ex ipſo jure Romano ſunt duo textus, huic admodum inimici opinioni: *Lex* 1. §. *ult. Ad Exhib.* ubi, bene concordantia matrimonia jure patriæ poteſtatis non eſſe turbanda, docet Ulpianus. Et Paulus in *lib.* 2. *ſent. tit.* 19. *Eorum, qui in poteſtate Patris ſunt, ſine voluntate ejus, matrimonia jure contrahuntur: ſed contracta non ſolvuntur, quia contemplatio publicæ utilitatis privatorum commodis præfertur.* Textus uterque ſolutionem meretur juſtam & plenam; Sed ut repetamus eam ex *lib.* 1. *Digreſſ. c.* 15. *&* 16. *parte* 2. ubi plene iis ſatisfactum eſt, ſupervacuum videtur.

6. Eſt adhuc aliud Cenſuræ argumentum, quod breviter removendum eſt, etſi remotum alias pridem. D. Antonius Matthæus *diſp.* VII. *fundam. Jur. n.* 19. *Matris*, inquit, *Conſenſum, in contrahendis Nuptiis negligere licet*; quoniam hoc jus eſt patriæ poteſtatis *h. l.* 2. *Pr. inſt. de Nupt. Repugnat Decalogus, Honora Patrem & Matrem: Atque adeo L.* 42. *d. Rit. Nupt.* ubi, *Semper in Conjunctionibus non ſolum quid liceat, conſiderandum eſt: ſed & quid honeſtum ſit.* Reſponſio ad objectionem è Decalogo, communis eſt: quod Honor & Poteſtas differant. Honorem utrique parenti æqualem non negant Leges: Sed poteſtatem ad evitandum in regimine familiæ conflictum, uni committendam cenſent; nuſquam enim verius, Οὐκ ἀγαθὸν πολυκοιρανίη. *Plurium non valet imperium.* Nec id à Jure divino alienum videtur. Nam quæ ſane *ſuperius* de jure Parentum in Nuptiis contrahendis, è ſacris literis habuimus, ſatis perſpicue ad Patres ſolos

 perti-

pertinent. Spectat hujus rei deciſio ad imperium familiæ, quod jure **Divino** non minus quam Romano Patrif. ſoli debetur. Honori tamen matri debito conſentaneum eſt, ut ipſa quoque in re tanti momenti conſulatur; Ac ita conſenſus ejus rectè de Honeſtate magis, quàm de neceſſitate requiri videtur. Sed tum inſtat D. Matthæus, Honeſtatem, qualis in Decalogo, inferre neceſſitatem; & ſicut honos matri exhibitus continet promiſſionem vitæ, ſic ejus neglectus interminationem mortis implicat: Præter quod Paulus in *d. l. 42.* non minus id quod honeſtum eſt in Nuptiis, quam quod licet, inſpiciendum eſſe monet. Hæc res iterum incidit in eandem, quam *ſupra* habuimus, difficultatem, quâ neceſſitas moralis & honeſtas peſſimo divortio ſeparari dicuntur: Niſi quod hæc inſtantia magis urget. Ad illam igitur reſpondendum videtur. Primò, neglectum honeſtatis à neceſſitate vix ita ſeparari poſſe, duntaxat in hoc negotio (in univerſum enim non videtur) ut peccati culpâ vacet ejusmodi honeſtatis & materni conſenſus neglectus: ſed non omne peccatum facit actum, ejus vitio infectum, ipſo jure nullum. Prodiga donatio in fraudem ſuorum & pauperum facta eſt peccatum; nec tamen nullius habetur Valoris, ſed à donatario, ſi in ſpecialia Legis requiſita non impingat, haud dubie peti poteſt. Sæpe fit, ut conjunctio nuptialis minus honeſta ſit, cui dictum ejusmodi Pauli noſtri bene conveniat; *In re dubiâ rectius & modeſtius eſt, hujuſmodi nuptiis abſtinere, l. 17. §. 3. in fin. h. t.* tametſi liceant, hoc eſt, jure valent *d. l. 42. in pr.* Præterea, diſcrimen eſſe quoad ipſum peccati effectum, inter conſenſum matris & patris adhibendum; ſi maxime requiſitum Honeſtatis in plenitudine ſua concedatur, ratio dictat. Nam ſi Mater rogata, ſine juſta causâ, imo contra juſtam rationem diſſentiat, ejus voluntatem ſequendam eſſe, ne quidem Honeſtas, opinor, ipſa poſtulat. Sed pater, cui eſt imperium in liberos;

Θεμιστεύει δὲ ἕκαστος
Παίδων ἠδ᾽ ἀλόχων.

Imperat quisque paterfamilias uxori liberisque ſuis,

non tenetur ad rationem ſui conſenſus vel diſſenſionis reddendam; quia ſatis conſtat, Imperium elumbe fieri, ſi amplius quam uni conſtet, & ſubjecti tam interpretandi imperata, quam exequendi jus habeant. Non putamus igitur, Honorem & pietatem æquè Matribus ac Patribus debitam, horum poteſtati, in jure ſtatuendi de Nuptiis liberorum derogare, vel hanc diſparitatem offendere quintum Decalogi Præceptum.

Paulus Lib. I. ad Sabin.

Si nepotem ex filio, & neptem ex altero in filio poteſtate habeam: nuptias inter eos, me ſolo auctore, contrahi poſſe Pomponius ſcribit. Et verum eſt. L. 3. d. Rit. nupt.

1. Sunt fratrum & ſororum liberi, quos hic avus jungit matrimonio, quod jure fieri poſſe, docet Juſtinianus *in* §. 4. *Inſt. h. t.* Etſi Theophilus iſtum §. legat

legat ac interpretetur negative, pro more ſui temporis. Nam poſt Juſtinianum prohibitæ fuere conſobrinorum nuptiæ, ſicut ante eum vetitæ fuerant à Theodoſio; cujus filii tamen jus vetus renovarunt *in l. 19. C. de Nupt.* Et hic ſane primus, poſt nefarios, nuptiis gradus eſt licitus. Ideoque diſcordat admodum conſcientia generis humani, dum aliæ gentes eas permittunt, aliæ prohibent, ut obſervavimus, *in part. 1. Digreſſ. l. 2. c. 22. n. 3. in fin.* Sed Pontifices, qui paſſim in Jus Romanum Cenſuram ſuam venditant, prohibitionem ſanguinis cauſa, noviſſime ad quintum uſque gradum ſuæ Computationis, *excluſive*, id eſt, ad nonum uſque juris Civilis extenderunt *c. 8. X. de Conſanguin & affin.* cum olim ad ſeptimum, imo in infinitum uſque in ipſa linea collaterali producta fuerit *cap. 35. qu. 2. c. 16. 17. 18. 19 20.* Sed jus Civile quod ad nuptias conſobrinorum attinet, creditur habere ſuffragium Juris divini: cum, quod inter gradus prohibitos *Levit.* 18. *& ſequ.* non reperiantur conſobrini, id eſt, fratrum & ſororum liberi, tum quod exempla ſine nota memorantur *Geneſ* 24. *&* 29. Ita juris Canonici rigorem facile ſuſtinet Eunomia Civilis; inprimis eo, quod ſatis conſtet, Pontifices illam ſeveritatem ultra terminos juris Divini intendiſſe, potentiæ exercendæ cauſa: Quatenus per auctoritatem diſpenſandi, quam ſibi reſervabant, & ſæpe negabant Regibus atque Principibus, ſummos & infimos ſibi habebant obnoxios. Cujus dominationis evitandæ cauſa, legimus aliquando Reges in alio & exotico terrarum orbe (nec enim in vicinis gentibus Principes familiæ reperiuntur, quæ non gradu quarto canonicæ computationis ſe mutuo contingant) ſibi uxores quæſiviſſe, quemadmodum Henricus I. Galliæ Rex eâ cauſa duxit in uxorem Annam Ruſſorum Principis filiam, circa annum 1033. & Alphonſus Sapiens Caſtiliæ Rex ſibi deſpondi, quam ſib Daniæ Regis filiam, circa annum 1271. utroque exemplo in Hiſtoria Civili à me in hanc rem obſervato, in *reb. Gall. & Hiſp. ad illos annos.* Prætextus Canonici rigoris eſt, τὸ εὔσχημον καὶ ἐντρέπτικον, decori & verecundiæ Chriſtianæ ratio, quam in neceſſitatem, judicio tamen Eccleſiæ *diſpenſabilem*, converterint. Sed convenientia Juris & Divini & Romani in hoc genere prohibitionum, quam merito Calvinus *mirificam* vocat, *ad Levit.* 18. cum Romanis æquè propoſitum fuerit, circumdare laudabilibus præcepti neceſſitatem, ubi ſapiens rerum æſtimatio id exigeret, Eunomiam Civilem ſatis adſerit; & ficta Pontificiorum adſeveratio, tam per ea quæ diximus, quam per diſpenſationes in gradibus jure Divino ſeverè interdictis uſurpatam, evidenter detegitur.

Modeſtinus Lib. 1. Regul.

In liberæ mulieris conſuetudine non concubinatus, ſed nuptiæ intelligendæ ſunt: ſi non corpore quæſtum fecerit. l. 24. *d. Rit. Nupt.*

1. Conſuetudo in hoc loco ſignificat uſum, convictum & familiaritatem Domeſticam, una cum uſu communi corporum, ſive concubitu. Priore ſenſu, Cicero in *Orat. pro Roſc. Erat mihi cum eo*, inquit, *non modo hoſpitium, verum etiam domeſticus uſus & conſuetudo.* De uſu corporum extra matrimonium, *conſuetudo* ſumit-

ſumitur in *l.* 34. *Ad L. Jul. de Adult.* ubi Modeſtinus idem qui hic; qui *liberam mulierem Conſuetudinis*, inquit, *non matrimonii cauſâ habet.* De concubitu conjugali Suetonius in *Nerone:* ubi *uxores*, inquit, *præter Octaviam duas poſtea duxit*, *Octaviæ conſuetudinem cito adſpernatus.* Exemplum hujus legis iſtius modi eſt; Paterfamilias cœlebs habet mulierem liberam, cum qua diurnam & nocturnam conſuetudinem habuit; (nomen uxoris an Cocubinæ dederit ei non conſtat) liberos inde ſuſcepit: Deceſſit: Liberi petunt ejus ſucceſſionem ab inteſtato, Frater defuncti opponit ſe; Negat matrem eorum fuiſſe uxorem, liberos negat eſſe legitimos, ſucceſſionem ſibi vindicat. Cujusmodi ſpecies facti ultima fuit, quæ me coràm in Suprema Friſiorum Curia tractata fuit: niſi quod in illâ paterfamilias, mulierem aliquoties uxoris nomine apud alios honeſtaverat. Sed ponamus & hoc abeſſe, quemadmodum in terminis hujus legis abeſt: Quæritur, uxor an Concubina fuiſſe præſumatur. Quæ nunquam ducta domum, cum quâ nulla feſtivitas, nulla ſolennitas unquam celebrata fuit, ſola & mera conſuetudo interceſſit. Modeſtinus ait, intelligendas eſſe Nuptias, non Concubinatum. Secundum quam Iuris civilis regulam, Friſii, quemodmodum in aliis hac etiam in re jus dicunt, ut tametſi benedictio Sacerdotalis & Solennitas Eccleſiaſtica apud Chriſtianos paſſim recepta, non ſit adhibita, Matrimonium tamen ſit Legitimum & liberi inde nati ut tales, ad ſucceſſionem admittantur. Quæ res aliis populis hominibuſque mirifice diſplicet, ut matrimonium, quo nihil eſt ſanctius, tam ſocorditer & deformiter habeatur: Focariam Cubiculariam corporis ſui copiam, ſine alio ritu vel contractu, de quo conſtat, Hoſpiti ſuo facientem, pro uxore legitima haberi! neglecta etiam Eccleſiæ Conſcientiâ, Idque populis & gravibus Chriſtianis poſſe placere. Non immerito matrona, quæ litem modò memoratam, defuncto marito, pro liberis ſuis urgebat, cum intelligeret, quo pacto nuptiæ Iure civili & heic etiam conſiſterent; *HEM Friſicum*, inquit, *matrimonium*! Satin' hæc ad rationes Eunomiæ comparata? Apud Hollandos equidem Conſtitutione Politicâ pridem id eſt mutatum, Nullitatis pœnâ, in neglectum copulationis Eccleſiaſticæ ſancitâ, *Polit. Ord. d.* 3. Grot. *introduct. l.* 1. *p.* 5. *n.* 22: Quin ipſum Civile Ius, videndum, an ſatis in aliis capitibus cum *hujus l.* 24. cruditate conveniat. Nam liberæ mulieris conſuetudo, quæ hic nuptias arguere dicitur, opponitur Matrimonio in *d. l.* 34. *ad L. Jul. de Adult.* Et *Jure novo*, ait Gotofredus ad *h. l.* 24. nuptæ non *præſumuntur*, *niſi mulier probet, à Viro, ſe eâ mente acceptam, ut illi eſſet uxor*, *Nov.* 74. *c.* 5.

2. Hec ad Cenſuram; cui primo rationem opponemus generalem, dein ad objectionès reſpondebimus. Conſuetudo Patrisfamilias cum liberâ muliere, domeſtica, nocturna, diurna, conjugali ſimilis, poteſt eſſe matrimonium: vel Concubinatus. Si probatur affectionem interveniſſe conjugalem, idque vel è contractu, vel confeſſione viri & mulieris conſtet, etſi nulla in domum deductio & ſolennitas intervenerit, matrimonium eſſe legitimum, vidimus aliàs. Etſi aliquo ſenſu *injuſtæ* ejuſmodi nuptiæ, & uxor *injuſta* vocari poſſit & ſoleat. Si quando nulla probatio in promptu ſit, è præſumptionibus idem colligendum. Eſt autem præſumptio, nihil aliud, quam Anticipatio judicii, ex eo quod ut

plu-

plurimum ſit. Eſſe autem frequentius matrimonium inter Virum & feminam domeſticâ utentes conſuetudine, quam Concubinatum, manifeſtum eſt. Ergo præſumendum potius illud, quam poſterius. Accedit à naturâ negotii, quod in dubio credendum ſit, homines in partem honeſtiorem conſuluiſſe; quemque enim bonum, quamdiu non probatur eſſe malus, habendum, jus & ratio docet. Denique ſtatus liberorum magni hac parte momenti eſſe debet, tam reſpectu parentum, qui liberis quam optime conſultum voluiſſe, bonaque ſua illis deſtinaſſe credendi ſunt, quam Reipubl. cujus intereſt, quam minimum inhoneſti ſanguinis in civitate reperiri, & familias transmiſſione patrimoniorum in liberos propagari. Quod fieri aliter non poſſe, quam ſi matrimonium fuerit in veritate, norunt ipſi parentes, & quorum hiſce de rebus eſt judicium. Eoque pertinet notabilis conſtitutio Divi Marci & Lucii Veri in *l.* 57. §. 1. *h. t.* Hæc ratio ſecundum hypotheſin Juris Romani, quo diſcrimen concubinatus & Matrimonii ex ſolo conſenſu pendet, ſatis evidens & juſta videtur. Sed pro more Chriſtianorum adhibendi ritus ſacros aliquanto plus dubii eſſe videtur; non eſt tantum reverâ, ſi conſideremus, Eccleſiaſticam benedictionem non eſſe tam vetus inſtitutum, ut in ſacris literis ſit cognitum: Nec ideò eſſe neceſſitatis; utcunque laudabilis ille mos ſit: cum inter alios, quam qui Eccleſiæ addicti ſunt, obtineat. Ideoque neglectus ejus reprehendi, etiam mulctari poteſt, ut ſit in Friſiæ Legibus: Cur nuptias vere contractas reddere debeat nullas, niſi quibusdam populis ita proprio arbitratu viſum fuerit, ratio nulla profertur: Nedum ut ex matrimonio concubinatum introducere poſſet. Quod ad locum attinet oppoſitum ex Modeſtino in *l.* 34. *ad L. Jul. Adult.* inde nihil probatur, quam Conſuetudinem abſque animo habendi matrimonii ſtuprum eſſe, vel concubinatum. Ex *Novellâ* 74. *cap.* 5. Gotofredus aut ex quo is habuit, plus colligit, quàm in eâ ſitum eſt. Proponitur mulierà viro ſolenniter & jurejurando interpoſito in uxorem ducta liberis ſuſceptis; ex ædibus ejecta. Si probare poſſit mulier, ſe in uxorem fuiſſe acceptam, tueri ſe poteſt contra maritum, ut domi ſervet; & ſi indotata ſit, quartam maritalium bonorum partem ſibi vindicare poteſt. Inde nihil ad hanc Quæſtionem: Niſi forſitan hoc aliquis inde quærendum putet, An & mulier *hujus loci*, quæ non poteſt doceret ſe expreſſe uxoris honore eſſe adſumptam, ejecta domo juris hujus copia potiri poſſit. Reſpondeo, conſtitutionem *d. Nov.* conceptam eſſe de his, quæ ſolenniter & jurato in uxores adſcitæ fuere; non ad mulieres, quæ præter conſuetudinem, nihil juris uxorii proferre poſſunt; Ergo de Quartâ bonorum non videtur illis concedendum. Verum tamen, ſi vir mulierem diuturnâ conſuetudine ſibi junctam probare non poſſit eſſe concubinam, cum lex illi jus uxoris adſcribat, contra vim injuſtam tueri ſe poterit. Nec ideo legem hanc 24. per *d. Nov.* 74. *c.* 5. abrogatam eſſe, ſtatuendum eſt. Hæc omnia, niſi mulier corpore quæſtum fecerit, id eſt, verè ſit meretrix, ut eſt in textu.

Papinianus lib. IV. Reſponſor.

Inter privignos contrahi nuptiæ poſſunt: etſi fratrem communem ex novo parentium matrimonio ſuſceptum habeant. l. 34. §. 2. d. Rit. Nupt.

Cenſura Ant. Matthæi *diſp. Fundam. 7. th.* 18. Privignus, *ait*, id eſt, mariti filius ex aliâ uxore, & uxoris filia, ex alio marito, matrimonium rectè contrahunt, Comprivigni, §. *Mariti Inſt. de Nupt. L. generali* 34. §. *Inter privignos ff. de Rit. Nupt.* At negat Lex Dei *Levit.* 18. *verſ.* 11. quod ego, *pergit*, omnium primus obſervavi, ex novis verſionibus Tremellii, Iunii, & quem jure nomino, Iohannis Piſcatoris, Theologi Herbornenſis longè clariſſimi, Collegæ ante hac mei, & amici etiamnum reverenter colendi. Hæc ille. Cl. Wiſſembachius Auditor ejus, qui non facile à præceptoris ſui ſententiis recedit, eâ de re ſic loquitur, *in diſp. 6. ad Inſt. th. 30. Equidem verſiones Vulgata, Sanctis Pagnini, Vatabli, LXX. Interpretum, Genevenſium, Gallica, Italica Johannis Diodati, & Germanica Lutheri, adde, Belgica, facile evincunt, dictum verſiculum* VI *de ſorore comprivigna nequaquam intelligendum, ſed de eâ, quæ eſt originis & cognationis paternæ. Verum quomodo admiſſâ hac paraphraſi evitetur tautologia (ſiquidem verſu 9. idem matrimonium probibitum putatur) nondum quiſquam explicavit bene.* Et dein explicationes Hotomanni aliorumque refellit ut trivolas. Addit tamen ſe Linguæ Hebrææ peritos audire, quam ſuam de hoc loco ſententiam exprimere malle. Quare ſe conſuluiſſe ſuper eâdem Quæſtione, Reverendum Virum, *D. Johannem Coccejum*, Theologiæ & Linguæ Sanctæ Profeſſorem eminentisſimum, Collegam ſuum honorandum. *Adſerebat is quoque*, pergit, *prædictum verſum* XI. *de ſorore comprivignâ non eſſe accipiendum; quoniam non ſit cognata Patris: ſed de filiâ patris, non quidem proxime & immediatè ex eâ natâ, ſed quæ ſit genituræ parentis ſui; ſive ex matre tuâ, ſive ex feminâ aliâ, veluti de filiâ, nepte, &c. fratris tui: idque ex ἀκολουθίᾳ textus demonſtrari.* Non poteſt cuiquam probabile videri, Comprivignos, qui nec ſanguine nec adfinitate conjuncti ſunt, in quibus non habet locum paternæ imago neceſſitudinis, aut quicquam in nuptiarum prohibitionibus ſpectari ſolitum, eſſe prohibitos jungi matrimonio Lege divinâ. Habeamus igitur fidem conſenſui tot Interpretum veterum novorumque cenſeo, & Cl. Matthæo ſuam inventionem relinquamus.

I N-

Digitized by Google

INDEX
RERUM

Quæ præcipué tractantur & explicantur in hoc Opere.

Acceptatio *prò altero facta, quid operetur Jure naturali & civili,* 463. & *ſeqq.*

Actio *an nobis per Procuratorem acquiratur.* 151.

Actiones *rei perſecutoriæ è delictis oriundæ cur non dentur in hæredes,* 210. & *ſeq.*

Actiones *an quædam ſint pœnales à parte rei, & à parte actoris rei perſecutoriæ,* 212.

Actiones *furti & de recepto honoraria quomodò concurrant.* 225.

Actionis *nomen in lite movenda fueritne exprimendum.* 96

Actionum *diviſio in bonæ fidei & ſtricti juris, vendicatur.* 160. & *ſeq.*

Actus *an bene ſit definitus.* 378.

Adjunctio *num rectè tribuat dominium rei alienæ* 301. *ecquid hac parte interſit plumbaturam inter ac ferruminationem.* 303.

Adoptio *an rectè ſpadonibus negata* 65. *ab extraneis facta num vere an ficte negetur transferre patriam poteſtatem.* 66.

Adſeſſor *in eadem provincia cur abſit Reip. cauſa.* 209.

Ædilitia *actio num ſatis æquo jure detur adverſus unum è pluribus venditoribus, cujus maxima pars in venditione fuerit.* 753.

Æs *ab auro poſſitne ſeparari.* 293.

Æſtimatio *rerum deperditarum in ſtrictis & b. f. judiciis quomodo ſit ineunda.* 534.

Aleæ *luſus an licitus,* 453. *de damno ea occaſione dato, & an impune abeant qui injurioſe tractarunt aleatorum ſuſceptores.* 452.

Aleæ *ſpecies an idoneum habeat ſenſum in* L. 5. d. Naut. fœn. 770.

Alfeni *ſubtilitas de mutatione rerum particulari in* L. 76. d. Judic. *defenditur.* 239.

Antichreſis *quid, an æquitati congruat,* 736. *quam pariat actionem.* 736.

Antinomiarum *conciliatio non facit hujus inſtituti Ennomici partem.* 4.

Antinomiæ *an dentur in Jure noſtro.* 3. & 4.

Antoninus *quis autor* L. 17. d. Stat. hom. 54. 55.

Aquilia *lex num ſatis æquâ ratione luitionem damni dati æſtimet* 400. & *ſervos pecudibus comparet,* 401. *an actio legis aquiliæ detur in hæredes.* 409.

Aquiliæ *legis actio num erroneè poſita apud Ulpianum* L. 5. §. 4. d. his qui effud. 421.

Arbiter *an rectè ſit infamis,* 213. *an Judex ipſe poſſit eſſe,* 214. *an duobus electio tertii rectè committatur* 215. *an è tribus duorum ſufficiat conſenſus* 216. *an omnis-*

*omnimodò ſta*ndum ſit illorum ſententia 218. *qua ſi aſſentiant inter ſe* 220. *an ab Arbitro ad Judicem eatur recte* 222. *& an detur in cauſis famoſis.*

Arbitrium *Judicis quale in actionibus arbitrariis.* 313.

Arrogatio *num ſtante Rep. duntaxat, an & ſub Principibus facta ſit per populum.* 63.

Arrogatio *unde dicta.* 64.

Auctoris *ſcopus & inſtitutum.* 1. 2.

Aureus *quanti pretii; an in Pandectis poſitus prò mille ſeſtertiis.* 92.

Autophonia *quare illicita, & an Jure Civili probata.* 569. & 570.

B.

BElla *quo ſenſu dicuntur ante dominia & imperia introducta.* 13. & 14.

C.

Cædes *patris, qui tanquam hoſtis publicus arma geſſit, an impune fiat à filio.* 460.

Circumvenire *in contractibus circa pretium an alteri liceat alterum,* 194. & *ſeq.*

Cives *Romani quales & quo effectu facti ex conſtitutione Antonini.* 53. 54. 55.

Civitas *quomodò mutui datione obligetur.* 476.

Cœcus *an potuerit eſſe Judex,* 232. *an furioſus.* 235

Cominus *quid notet.* 300.

Commiſſoria *lex quænam in pignore, & cur illic prohibita.* 732.

Commodatum *an nullo modo repeti poſſit ante finem uſus* 536. *an dominus rem* commodatam *ſurripiens furti teneatur.* 537.

Commune *jus quid.* 122.

Communes *& publicæ res an verè differant.* 67. & 68.

Compenſatio *habeatne locum in omnibus actionibus, etiam in ſpeciebus & corporibus.* 585. *an in debito Reipublicæ.* 587.

Condictio *furtiva ſitne ex delicto,* 210. *in fin.*

Condictio *an detur heredi, qui parendi conditioni cauſa dedit decem, & mox repudiavit hereditatem,* 499. *an eadem condictio locum habeat ex ſola pænitentiâ dantis,* 501. *quid ſi caſu fortuito non potuerit fieri promiſſum,* 505. *ſi ſervus datus fuerit ſub conditione manumittendi,* 506. *& ſeqq. ſi dos data ſit, non ſecuto matrimonio,* 414. *& ſeq. ſi quis det pecuniam, ut rem ſuam recipiat.* 523.

Condictio *indebiti an verè oriatur ex diſtractu* 515. *an hæc detur ei qui ſolvit è teſtamento imperfecto* 526. *an & illi, qui erroneè ſolvit, quod alius vere debebat,* 527. *negatur ei qui indebitam ſolvit uſuram debitæ ſortis.* Ibid.

Condictio *furtiva quo ſenſu detur domino,* 528. *& contineat ſumptus in rem furtivam factos, quos fur non deducit.* 530.

Connani *de Scævola judicium.* 124.

Conſtitutum *quâ autoritate pariat actionem.* 533.

Contumacia *punita à Rom. villa diruta, ſuccisis arbuſtis.* 439.

Creditor *ecquid lucri percipiat è pignore, maxime ſi debitor ipſe furtum admiſerit* 543. *an Creditor accepta poſſeſſione pignoris à Principe de damno evictionis agat contra debitorem.* 544. *ut & de reprobis nummis in ſolutum datis* 546. *ſi pluris vendidit pignus quam debitum, an de ſuperfluo teneatur debitori,* 547. *an & quando de periculo rei pignoratæ teneatur.* 560.

Creditores *plures an pacto de remittendo debito poſſint cæteris præjudicare.* 117.

Culpa

Culpa *quænam in pignore præſtanda.* 54.

D.

Debitum *an cenſeatur remiſſum, eò quod petitum non ſit vivente eo qui præſtare debet.* 726.
Decemviri *an malè dicantur Leges Rom. à Græcis civitatibus petiiſſe.* 29.
Deformitatis *æſtimatio cur nulla ſit Jure Civ. in homine libero.* 422.
Depoſitum *an ſemper omni tempore reddendum,* 589. *an uni à pluribus hæredibus repetenti,* 590. *ubi reſtituendum* 592. *quomodo plures heredes petant ac præſtent reſtitutionem,* 593. *& ſeq. an malefico deponenti reddendum.* 595.
Divina *an rectè dicatur Imperatoris indulgentia.* 45.
Doli *definitio Labeonis an vera ſit,* 177. 178. *dolum dantem cauſam b. f. contractui, hunc reddere nullum, an rectè ſcriptum ſit ab Ulpiano in l. 7. pr. d.* Dol. mal. *differitur* 179. *& ſeqq. de dolo an actio detur contra eum qui judicium accipere nolit* 182. *cur ob rem modicam non ſit actio doli* 184. *nec contra parentes.* 185.
Doli *actio num detur in Contractu* facio ut des, *ſi, poſtquam alter fecit, alter dare ceſſat.* 720.
Dolus *an prò lata culpa habeatur.* 596.
Dominium *an remaneat rerum amiſſarum, quæ pene habentur pro deſperatis,* 428. *& ſeqq.*
Dominorum *in ſervos poteſtas apud Romanos an nimia fuerit.* 57. 58.
Dos *poſſitne dari filiæ à patre præterito marito.* 432.
Duplum *ad quod venditor tenetur emptori ratione ejus quod intereſt, an fuerit Jure ff. receptum.* 701.
Duumviri *an juriſdictionem ſuam pænali judicio defendere queant.* 88.

E.

E Boreæ *tabulæ quid.* 29.
Editio *inſtrumentorum poſſitne fieri ſine die.* 97.
Emancipatio *quo ſenſu fuerit capitis minutio.* 200.
Emptio *venditio an poſſit non eſſe, ubi pecunia datur, ut alter rem det.* 519.
Emptio *partim prò me, partim prò Titio facta, quatenus valeat,* 677. *ut & frumenti quod in herbis eſt,* 679. *an emptor retineat & lucretur fructus, cum emit ſub addictione in diem vel lege commiſſoria,* 680. *& ſeqq. emptor hereditatis quomodò vicem heredis obtineat,* 682. *& ſeq. an emptio rei peculiaris pacto patris irrita fiat,* 684. *quod pure emptum eſt, poſſitne ſub conditione rurſus emi,* 685. *emptor, qui rem comparavit à Procuratore Fiſci, quando illam in bonis habeat,* 686. *emptor vini qui tempore placito vinum admenſum non accepit, ad quid teneatur,* 687. *emptio quando ſit perfecta, ut periculum ad emptorem tranſeat,* 690. *emptor ſervi cur plectatur, non ſervata lege & pacto venditionis,* 691. *an emptor fructus petat ex ſtipulatu, ſi vacuam poſſeſſionem tradi ſtipulatus ſit,* 693. *qui fundum emit deducto uſufructu, quaſi hic Titii eſſet, num agere queat contra venditorem, penes quem remanet uſufr.* 694. *item ob dolum & fraudem venditoris, circa onera & modum rei venditæ,* 699. *quid rem emptam ſequatur* 688. *de diſſenſu circa rem emptam inter contrahentes,* 699. *quid ſi deceptus ſit empor in qualitate rei* 700. *emptor inſulæ, cui dictum eſt mercedem inſulæ acceſſuram, quantum petere debeat.* 703.
Emptionis *venditionis & permutationis quæ differentia.* 647.

Emptor *an idem quod venditor.* 198.
Epulæ *quid ſignificent in* L. 69. Pró Soc. 681.
Error *an jus faciat, idque probetur ex L. Barbarius Philippus* d. Off. Præt. 77.
Exercitor *an teneatur de mutuo quod magiſter navis accepit, nec impendit in navem* 550. & *ſeq. an creditor probare debeat, refectioni neceſſariam eſſe pecuniam* 555. *exercitores plures an ſinguli in ſolidum teneantur.* 551.
Ad Exhibendum *quâ ratione agatur de glandibus conſumptis,* 442. *ut & de oleo ex olivis meis, & veſtimentis ex lana meâ factis.* 443.
Extraordinaria *judicia quæ* 269.

F.

FAmiliæ *erciſcundæ actio an detur ei qui prius egit rei vindicatione contra tertium & deinceps vult convenire cohæredem qui partem alteram emit,* 431. *an locum hæc actio habeat inter ſolos cohæredes,* 435. *qui egit hoc judicio & erronee condemnatus eſt, an repetere queat pecuniam falſò cohere di datam ex ſententia,* 434. *ſi unus cohæredem deceſſerit, pluribus hæredibus relictis, cur hi debeant unum dare procuratorem, qui omnes defendat.* 436.
Fidejuſſor *an habeat actionem mandati, ſi omiſerit exceptionem honeſtam vel minus quoque honeſtam qua ipſe poterat uti vel reus* 598. & 600. *quid juris, ſi prò reo qui debebat in genere, mediocrem ſpeciem ſolvat.* 613.
Fidejuſſoris *obligatio an augeatur facto debitoris, ad L. Centum Capuæ.* 532.
Fiducia *quænam fuerit olim ſpecies Pignoris.* 432.
De Filiofamilias *corrupto cur non ſit actio civilis prodita.* 449.
Finium *regundorum actio ſitne mixta, in rem ſimul ac in perſonam.* 42.
Fiſcus *an rectè capiat uſuras Contractibus, quas tamen ipſe non dat.* 761.
Fœnus *nauticum quale, quoad uſque extendatur.* 766.
Fœtus *animalium an jure naturali bene dicantur acquiri domino genitricis.* 295.
Fortaſſe *quid notet in ſcriptis JCtorum.* 275. & 299.
Frater *an contra fratrem utatur beneficio competentiæ.* 637.
Fur *an ſit, qui ſciens indebitos nummos accipit à domino.* 511.
Fur *nocturnus an jure cæſus videatur,* 404. *an ea cædes lege Corneliâ plectatur de Sicariis.* 406.
Furtum *an merito pœna capitali punitum in perſona ſervi.* 518.
Furtum *an ſit, excutere furi nummos è ex re furtiva redactos.* 423. & *ſeq.*

H.

HAbitatio *quid differat ab uſu ædium & fructu.* 353. & 358.
Hæreditatis *petitio quatenus detur adverſus emptorem hæreditatis,* 269. *contra eum qui dolo poſſidere deſiit* 272 & *ſeq. qui per argentarium res hereditarias vendidit* 274. *qui tanquam poſſeſſor indebitum exegit* 276. *qui res amiſit ſine dolo & culpa,* Ibid. *qui pretium habet, idque offert loco rei,* 277 & *ſeqq. qui bona fide poſſidet, in quantum locupletior factus tenetur,* 281. *quid de eo qui negat actorem eſſe hæredem,* 286. *an & inhoneſti fructus in hanc actionem veniant,* 287. *quomodò hæreditas ei ſervetur, qui in utero eſt,* 287. *quid ſi plures fuerint hæredes, & unus deceſſerit ante acquiſitam hæreditatem* 290.
Hominis *liberi an recte ineatur æſtimatio cum Jure Rom. tum moribus.* 420.
Jactus *mercium navis levandæ cauſa, quam*

Digitized by Google

quam actionem præbeat dominis merci-um, 554. qualium mercium habeatur ratio 556. quomodò ineunda collatio, 558. an pœna locum habeat adverſus nautam, qui conſtituto tempore merces non tranſvexit.

Illuſtres *quinam.* 73.

Imperium *quid & quotuplex* 83 *mixtum imperium an idem cum juriſdictione; ſpecifica utriuſque differentia.* 84. & 85.

Incendii *arcendi gratia damnum datum an impune feratur.* 416.

Infamia *ſitne ex Edicto Prætoris rectè impoſita injuriarum reis, actoribus ſcenicis, ſecundis nuptiis intra annum luctus initis, Mandati, Societatis, depoſiti, Tutelæ judiciis.* 135. & *ſeq.*

Infamiæ *metus cur non præbeat reſtitutionem in integrum.* 163. & *ſeq.*

Injuria *an in Foris hodiernis infamiam irroget reo damnato.* 135. & 136.

Inſtitoris *officium an morte finiatur.* 562.

Inſtitutiones *Juſtiniani an contineant jus antiquatum, & ſint totius legitimæ ſcientiæ elementa.* 21. & 22.

Inſtrumentum *an habeatur falſum propter anticipatam diem, quâ ſcriptum eſt* 781.

Interlocutiones *an ſint Leges, ab Imperatore factæ.* 45.

Interrogatoriæ *actiones quomodo tractentur in Jure, cum in uſu non ſint.* 445.

Inutile *quid ſignificet.* 588. *fin.*

Italia *num rectè legatur in L.* ἀξίωσις *ad* Leg. Rhod. de Jactu. 552.

Itineris *ſervitus an rectè definita.* 376.

Judex *debeatne ſequi conſcientiam, an potius acta & probata.* 81.

Judicia *exercere an Chriſtianis liceat.* 226.

Juris *ignorantia quatenus proſit vel noceat maribus & feminis.* 789.

Juris *præcepta tria, ut accurate poſita defenduntur.* 16. & 19.

Juriſdictio *quid* 86. *ejus diſcrimen ab imperio mixto.* 85.

Juriſdictionis *prorogatio conſenſu partium facta quatenus mutet Forum* 86. & 87.

Juriſprudentia *quo ſenſu divinarum rerum notitia.* 19. & 20.

Jus *rectène ſit dictum à Juſtitia.* 9. & 10.

Jus *an bene dicatur iniquum decretum* 20.

Jus *regium* 1 Sam. 8, v. 11. *quale* 59. *ecquid detrahat privatis hominibus.* 60.

Jus *quem locum denotet, & quod in Jure ſit, an hoc rectè geratur apud Judices pedaneos.* 447.

Jus *civile an abrogare vel mutare queat Jus naturæ.* 14. & 15.

Jus *gentium an bene ſtatuatur à naturali diſtinctum.* 11. & 12.

Jus *naturæ quo ſenſu brutis conveniat.* 10. & 11.

Jus *naturæ an & quo reſpectu ſit immutabile,* 23. & 24.

Jusjurandum *quale & quare non habeat majorem vim pacto nudo.* 111. 113.

Jusjurandum *an inter Chriſtianos ſit licitum.* 489. *quotuplex ejus diviſio juridica,* 488. *quid ſi formula ſit improbatæ religionis aut ſuperſtitionis,* 491. *quid ſi pupillo deferatur jusjurandum.* 495. *aut liberto, qui duos habet patronos,* 494. *jusjur. in litem quo uſque procedat,* 498.

Juſſus *an præbeat ſatis rectè actionem ex ſolo contractu ſervi aut filii, nonne debeat hoc extendi ad quoſlibet extraneos.* 579.

Juſtinianus *an ex vero prædicet in* Conſtit. *dedit nobis, ante ſe nullum Principem aggreſſum fuiſſe operam condendi Juris.* 2. & 3.

Juſtinianus *an ipſe curam adhibuerit Juri condendo, & doctus fuerit nec ne* 5. & 6.

Juſtinianus *defenditur in eo quod veterum JCtorum dictis nonnihil addidit & quandoque detraxit.* 7. & 8.

Juſti-

Juſtitiæ *definitio à JCtis tradita, an rectè ſe habeat.* 16. & 17.
In Jus vocatio *privata, quæ moris olim Romani fuit, an probanda.* 90.

L.

Ladiſlaus *rex quo modo & jure pacem cum Turcis ruperit.* 104.
Legari *jusjurandum quo ſenſu dicatur.* 111.
Leges *an certæ fuerint ſub regibus Rom.* 25. & 26.
Legibus ſolutus *an Princeps.* 39. & 40.
Lex *Tribunitia quomodo omnes leges extinxerit, prò Pomponio differitur.* 27. & 28.
Lex *quid, an rectè definita* in L. 1. d. LL. 37.
Lex *regia an extiterit apud Rom. ſententia ejus & nominis ratio.* 43. 44.
Lex *quo ſenſu non agat de raro contingentibus.* 408.
Lex *Maris quid ſibi velit in* l. ἀξίωσις *ad Leg. Rhod. de Jactu.* 559.
Liberetur *num rectè ſenſu legatur in* L. 5. ſi mens falſ. mod. 454.
Locatio *conductio quandiu renovata cenſeatur ejus intuitu qui impleto tempore conductionis remanſit in conductione, & an melius cautum hodiernis moribus* 704 *qui conduxit navem vehendam, an hic nave amiſſa vecturam reddat,* 705. *an Jure* ff. *valere potuerit locatio conductio in alterius arbitrium collata,* 708. *quam culpam præſtet Conductor,* 711. *& an luat damnum ex inimicitiâ datum* 709. *quid ſi duobus eadem res ſimul locata ſit,* 712. & *ſeq.*
Lugendi & *elugendi quale diſcrimen.* 144.
Lupanarium *uſus an Jure Rom. probatus* 284.

M.

Macedonianum *SCtum an filiusfam. adhibere queat ſalva conſcientia.* 564. *an ſatis juſte obtineat, ubi nummi à Creditore dati non ſunt conſumpti, verùm adhuc extant in peculio.* 565.
Magiſtratus *nomen an Regibus & ſummis poteſtatibus conveniat.* 34.
Magiſtratus *municipales an merito teneantur de damno per ipſos injuria dato.* 415.
Mandatum *in tempus poſt mortem an valere potuerit Jure ff.* 604. *an* Mandatum *ſit à liberto ſuſceptum, cui patronus prædium tradidit, eâ lege, ut libertus reſiduum pretii ſolveret venditori,* 605. *ſitne mandati actio, ſi quis mihi mandaverit in meo aliquid facere,* 607. *an in mandato damnum caſus fortuiti luendum,* 608. *an obligatio mandati ſit perpetua,* 515. *an ex mandato teneatur qui ſe interpoſuit prò dote danda à matre puellæ nupturæ.* 617.
Manus *regia quid.* 26.
Manus *militaris quid?* 317.
Medici *imperitia cur habeatur prò delicto,* 402. *& cur ſecus in Juriſctis.*
Meretrix *an turpiter faciat, & turpiter accipiat pecuniam, eamque reddere cogatur.* 521.
Quod Metus *cauſa actio cur poſt annum detur in ſimplum,* 175. *quatenus heres hæredis teneatur, ſi res à priori herede ſit conſumpta.* 176.
Morbi *definitio, quæ apud JCtos.* 751.
Mulæ *ploſtro junctæ ſi quid damni dederint, an dominus inde teneatur.* 417.
Mulier *an Jure Canonico prohibeatur teſtimonium dicere, ſecus ac jure Civili.* 785.
Mutatio *certæ interpretationis quare rejicienda.* 38.

Mu-

Mutuum *an ſit, ubi maſſa argenti data fuit vendenda, & vendita fuit vel non*, 467. *an convaleſcat* mutuum *è conſumptione*, 468 & *ſeqq. ſitne* mutuum *ante numerationem*, 478. *an non ſit* mutuum, *ſi ego pecuniam tibi quaſi donaturus dedero, tu quaſi mutuam accipias* 472. & *ſeqq. de mutuo civitatum*, 476.

Mutuum *an ſit in pecuniâ, quam procurator meus à debitoribus exegit, nec mihi tradidit, ſed penes ſe creditam habere voluit.* 611.

N.

NEgatoria *qualis actio, an locum habeat in controverſiis rerum corporalium*, 392. & *an ibi poſſeſſor actoris partes ſuſtineat.* 394.

Negotiorum *geſtio an fundata in jure & æquitate naturali*, 153. *an meritò requirat exactiſſimam diligentiam*, 154. *an pupillo conveniat*, 155. *an & ei, qui ſui lucri causâ geſſit*, 156. *an ratihabitio inducat actionem negotiorum geſtorum.* 159.

Nepotes *num rectè fuerint olim in avi poteſtate.* 62.

Nomina *quatenus dividantur inter cohæredes.* 427.

Nundinæ *quid ſignificent, in* l. 69. Pro Soc. 641.

Nuptiæ *liberorum an ſatis meritò pendeant à patrum conſenſu*, 795. & *ſeq. an ſatis piè negligatur matris conſenſus* 797. *ſitne juſtæ nuptiæ inter fratrum atque ſororum liberos*, 799. *inter comprivignos*, 802. & *tunc, ubi nuptiæ non ſunt publicatæ, neque fide publica copulatæ.* 800.

O.

OBlatio *partis debiti, an imperio Judicis admittenda.* 475.

Operæ *ſervi fructum an uſum contineant.* 353.

P.

Pacti & *ſtipulationis quæ vera differentia* 109.

Pactum *nudum quid, an rectè ſatis actio inde negetur Jure Civili.* 101. & *ſeqq.*

Pactum *incontinenti ſubjectum ſtipulationi, pariatne actionem an exceptionem*, 484.

Pactum *de non alienando pignore, poſſitne dominii tranſitum impedire.* 742. & *ſeq.*

Pandectarum *ordo & methodus an ſatis juſta.* 6.

Papinianus *an merito reprehendatur eò quod in eodem Opere ſententiam mutaverit.* 602.

Partus *an ſine matrimonio matrem ſequatur naturæ lege, an patrem.* 56.

Pater *an ſit ille ſemper qui eſt maritus.* 62.

Pater *quâ ratione ſuo ſuffragio filium creet decurionem.* 152.

Patresfamiliarum *quo ſenſu dicantur impuberes.* 61.

Patricii *quales.* 72.

Peculium *quid, unde dicatur, an rectè definiatur.* 567.

Pecunia *prò re data num ſemper emptionem venditionem faciat.* 520.

Penus *vox an ſemper in feminino genere ſit.* 283.

Perjurium *in Jure Rom. impunitum.* 187.

Permutatio *quid differat ab emptione venditione*· 647.

Permutatio *quo ſenſu Contractus innominatus.* 715. *an valeat rei alienæ permu-*

mutatio. 716.
Pignus *à debitore conſtitutum in fundo communi, quomodo luendum ſit, ubi Creditor alteram quoque partem acquiſivit à ſocio, communi dividundo judicio.* 437.
Pignus *quando vendi poſſit, ubi pecunia debetur annua, bima, trima die* 538.
Pignus *generale cur excludat res neceſſarii uſus* 724. *pignus ſi datum duobus Creditoribus ſimul fuerit in ſolidum, uter alteri præferatur jure agendi, tam inter ſe quam adverſus extraneos,* 725. & 729. *pignus an liberetur, ſi poſſeſſor pluris condemnatus quam debebat, ſolverit tantum quantum debet,* 727. *an Jure ff. Pignoris datio fieri potuerit eo modo, ut intra certum tempus non ſoluto debito res Creditoris ſit propria, ſi tum demum juſto pretio æſtimetur,* 732. *an pignoris perſecutio detur in res nobiles,* 733. *an in pignus rei ſuæ conſentire videatur, qui ſcribit mandato debitoris inſtrumentum obligationis,* 734. *pignus adjectum tranſactioni, num pertineat ad veterem contractum tranſactione finitum,* 737. *qui pignus generale habet, ſine recte ſtatuatur eo potior qui poſtea ſpeciale pignus accepit, quamvis è ceteris bonis pecunia redigi poſſit,* 738. *pignus rei alienæ quatenus ſuperveniente dominio debitoris convaleſcat,* 740. *de pignore non alienando quid valeat pactum,* 742. & *ſeq. pignus rei communis prò parte indiviſà, qualiter ſe habeat diviſione facta,* 746. *pignus voluntate Creditoris venditum, an ſit renovatum irrita venditione facta,* 747. *ſitne jus pignoris remiſſum ab antiquiore Creditore, qui conſenſit ut debitor eandem rem tertio obligaret.* 749.
Plebiſcita *an poſt* XII. *Tabb. condita.* 30.
Poſſeſſio *male negata cur in auctorem transferatur.* 317.
Poſſeſſio *per captivit. item interrupta, cur negetur poſtliminio reſtitui.* 207. & 208.
Poſſeſſor *rei ſingularis cum alio communis quâ ratione conveniatur, ſi partem alteram teneat non dominus.* 296.
Poſtulandi *jus num recte privatis hominibus conceſſum Jure Romano,* 130. & 131. *nec non minoribus.* 131.
Poteſtas *patria an ſolis Romanis propria.* 60. 61.
Prædo *quis dicatur in Jure.* 530.
Præfectus *urbi quomodo extra urbem poſſit jubere judicare.* 75. & 76.
Prætor *an Jure π. judicare nunquam potuerit.* 237.
Prætorium *quid, an fuerit locus apud aulam Principum Rom.* 74. & 75.
Principatus & *ſtatus monarchici apud Rom. conſtituti quæ cauſa.* 32.
Principes *quinam & in quantum legibus ſoluti* 39. & 40. *an poteſtas Principis ipſum obliget,* Ib.
Probatio *cui incumbat in debito cujus non eſt expreſſa cauſa,* 775. *an filius probetur ſpurius è ſola confeſſione Matris apud acta,* 778. *an probatio debiti juſta ſit è ſola commemoratione diverſi Chirographi.* 780.
Procurator *cum libera in quantum alienare poſſit, an impune ferat fraudem in alienatione commiſſam.* 620. & *ſeqq.*
Procurator *Cæſaris an habuerit jus deportandi.* 78.
Procurator *an infamis eſſe queat Jure Rom.* 145. *an in capitalibus judiciis interveniat.* 149.
Prohibitio *unius in re communi, quantum valeat contra plures ſocios.* 440.
Prorogatio *juriſdict. de tempore ad tempus an probata Jure Rom.* 228.
Protelare *quo ſenſu in* l. 2. §. pen. d. Judic. 231.
Provinciales *Magiſtratus an jureinutuum exer-*

exerceant. 472.
Publicæ *res & communes an vere differant.* 67. 68.
Publiciana *actio quid, an figmentum uſucapionis in eâ ſit mendacium,* 318. *an detur de re quam ſervus fugitivus emit, etſi poſſeſſio non ſit mea.* 319.
Publicani *cur non cogantur dicere teſtimonium.* 786.

Q.

QUadrigæ *uſusfructus quomodo pereat* 343.
Quadrupes *ſi pauperiem dederit, an rectè dominus inde teneatur,* 39. *quid ſi alter alterum occiderit.* 398.
Quarta *liberis exheredatis debita, quas patiatur deductiones.* 249. & *ſeqq.*
Querela *inofficioſi an rectè negetur cognatis qui ſunt ultra fratres* 240. *quare detur liberis colore fictæ patrum inſaniæ* 242. *cur illam movere nequeat mater filii impuberis, cui pater fecit teſtamentum* 243. *ſatin' rectè liberi à querela excludantur Legitima titulo inſtitutionis relicta* 246. & *ſeq. libertates an Querela reſcindat.* 157.

R.

RAtio *an ſit anima Legis & principium Juriſprudentiæ.* 37.
Ratio *Legum quo ſenſu non indaganda.* Ibid.
Reges *Rom. an habuerint omnem adeoque ſummam poteſtatem.* 31. & 4.
Reſtitutio *rei ſingularis an ſemper fiat ſumptibus petitoris,* 298. & *prævia requiſitione de poſſeſſione rei.* 301.
Reſtitutio *in integrum à Prætore cur indulta minoribus* xxv. *annis* 189. *an illa poſſit parentibus eorum* 191. *an pro abſente peti queat mandato generali* 197. *an impetrata, à minore rejici poſſit* 199. *an à Præſide data, per eundem retractetur.* 200.
Reſtitutio *generalis ex Edicto,* Si qua juſta cauſa, *quam latè pateat.* 204.
Retorſio *verbalis injuriæ in quantum probata Jur. Rom.* 147. & *ſeq.*
Rivus *quid notet.* 336.
Romulus *quâ cauſa fratrem occiderit.* 71.

S.

SAcræ *res & loca an ſine vitio referantur ab Impp. Chriſtianis.* 70.
Salarium *cur procurator petere nequeat.* 614.
Senatores *qui, & quomodò diſtincti.* 72. & 73.
Senatus-conſulta *quatenus habuerint vim juris.* 31. & 41.
Sententia *iniqua quomodo jus faciat.* 20.
Sepulcra *num rectè pro locis religioſis habeantur etiam apud Chriſtianos.* 455. *cur actio in factum prò eo qui prohibetur in ſcepulcrum inferre mortum, neque heredi, neque in heredem detur,* 557. *quid valeat pactum de mortuo non inferendo in* ſepulcrum. 459.
Sequeſter *quâ ratione debeat officium deponere.* 591.
Scrvaculum *quid.* 414.
Servi *cædes quomodo ſimul aquilia lege & Cornelia plectatur,* 412. *ſi par ſervorum debeatur, altero occiſo, quâ ratione agatur.* 418.
Servi *corrupti actio cur non detur in heredes,* 448. *quomodò fiat æſtimatio ſervi corrupti.* 450.
Servitus *an utilis & inter Chriſtianos licita.* 49.
Servitus *an à domino proprietatis imponi queat non conſentiente fructuario.* 326. & *ſeq. an ſervitutis impoſitio in perſona fructuarii ex uſufructu faciat proprie-*

prietatem, 329. an abſque ſervitute proprietario liceat coarctare lumina domus fructuariæ. 331.

Servitus an & cur ſub conditione, vel ex tempore conſtitui nequeat, 360. cur non voluptatis cauſa, 361. cur uſucapi nequeat, 364. an abſque ſervitute liceat vicinas ædes obſcurare ædificando, 366. poſſitne tolli ſervitus ſtillicidii, conceſſo altius ædificandi jure in gratiam ejus qui utramque ſervitutem debebat. 367. quænam ſit ſervitus foraminis 371. quomodo debeat omnis ſervitus habere cauſam perpetuam. 368. quæ ſervitus luminum, an ea ſit opus ut feneſtra ponatur in proprio pariete, 374. ſervitus ruſtica quas habeat ſpecies, & an hæ rectè definiantur, 375. & ſeqq. an eò pertineat jus altius tollendi, & officiendi prætorio vicini, 380. ſervitus aquæ poſſitne conſtitui nondum aquâ apparente, 382. an unus è pluribus ſociis rectè ſervitutem imponat fundo communi, 384. & 388. cujus ſit conſtituere modum ſervitutis, 385. an alius alii poſſit acquirere ſervitutem, 389. an ſervitutis acquiſitio fiat per diutinum uſum ſine bona fide & titulo juſto, 390. & 394.

Servitus non expreſſa in venditione, quatenus actionem det contra venditorem. 665.

Servitutis definitio a Florentino tradita, num ſatis accurate ſe habeat. 48.

Societas bonorum inter conjuges an ulla fuerit apud Romanos; & an melius conſultum ſit moribus quibus ea cognita & recepta eſt, 577. & ſeqq.

Societas an Jure ff. potuerit ſub conditione coiri, 623. an ſocius damnum & lucrum a ſe datum compenſet 624. ubi non fuerunt partes adjectæ ſocietati, ſintne tum partes æquales arithmetice an geometrice, 625. an valeat conventio, ut inæquales lucri ac damni partes à ſociis recipiantur, 628. quomodò culpam ſibi invicem præſtent ſocii, 620. & plectatur ille ſocius qui in rem communem impenſas facere noluit, ab altero refectione peractâ, 622. an in ſocietatem veniant lucra turpia, 622. quid, ſi è duobus ſociis altero mortuo, ſuperſtes bona communia diviſerit cum falſo herede, 625. cur in ſocietate locum habeat beneficium competentiæ, 636. an ſocietas in heredem tranſeat, 628. quid de ſocietate vectigalium hac parte? 640. de ſocietate ad emendum, hac lege, ut unus à pluribus nundinas præſtet 641.

Spado cur non ſit morboſus. 552.

Spadones qui, an illis conveniat adoptio. 65.

Specificationis doctrina Jure Rom. tradita, defenditur. 210.

Sponſalia quid ſint in jure Romano, an ab ipſis differant nuptiis, 92. an in Sponſalibus contrahendis filiæ diſſentire licuerit à patre. 692.

Sponſio de rebus futuris non turpibus an valeat. 480.

Stipulatio per ſervum facta poſt mortem domini, quam vim habeat. 487.

Stipulatio pœnalis an faciat novationem principalis obligationis, cui adjicitur, 643. & ſeq.

Stipulationis & Pacti genuina differentia indagatur. 108. 109.

Sues an ſint pecudes. 401.

Sumptus in rem alienam à b. f. poſ. facti quales repetantur, & in quantum cum fructibus perceptis compenſentur, 306 & ſeqq.

T.

TArquinius Demarati filius fueritne Priſcus an Superbus rex Rom. 26. & 29.

Taxatio *quæ fiat, contra illum qui dolo poſſidere deſiit.* 315. *in fin.*

Tempus *legitimum ecquod Jure ſit judiciis finiendis fuerit præſcriptum.* 234.

Tergemini *quinam & quomodò naſcantur.* 51. 52.

Teſtamentum *ſi pars judicantium pronuncivverit inofficioſum, pars verò ſecus, an rectè ſecundum teſtamentum ſtatuatur,* 258. *& ſeq.*

Teſtes *an prohibeantur omnes qui in vinculis cuſtodiave publica ſunt,* 783. *an etiam quilibet infames* 784. *an rectè mulieres admittantur,* Ibid. *qui non cogantur eſſe Teſtes,* 785. *quinam teſtes ſubjiciantur tormentis.* 788.

Traditio *an ſit argumentum fidei habitæ de pretio in emptione venditione,* 655. *an ſit neceſſaria, adeò ut invito venditori poſſit extorqueri.* 657.

Transactio *ſcriptum interatque legitimum heredem facta quam habeat vim,* 125.

Tranſigi *verbum quomodò accipiendum in* L. 6. d. Transact. 127.

Tribonianus *qualis homo fuerit.* 5.

Tutelâ *quæ pereat capitis minutione, an & ea quæ in jure alieno poſitis defertur perſonis.* 201.

N.

Velamentum *quid.* 630.

Vellejanum *Sctum quomodò mulieres eximat interceſſionibus, an ſalva conſcientia licitus ejus Scti uſus,* 581, *poſſitne mulier ei renunciare.* 584.

Venditio *an intelligi poſſit, ubi res prò re datur,* 647. *quæ venditio fiat in ſcriptis, & quid illa requirat,* 649. *& ſeq. an valeat de rebus extra commercium poſitis,* 651. *& ſeq. item, ſi duntaxat inauratum ſit, quod prò vere aureo venditur,* 653. *quomodò dominium tranſeat è venditione,* 655. *an cogatur ad tradendum venditor,* 656. *& ſeq. differentia ſtipulationis & venditionis hac parte,* 660. *quid ſi ſciens quis emat à prodigo,* 663. *quatenus obtineat rei alienæ venditio,* 664. *cui noceat ambiguitas orationis in venditione,* 667. *quid ſi venditor confinem celaverit,* 668. *de lege metiendi fundum intra* XXX *dies à venditore dicta,* 670. *quatenus emptio ſit vetita ex officio quod quis adminiſtrat,* 672. *quid ſi ſtet per emptorem ne conditio impleatur emptionis,* 674. *ſi res vendita prò parte perierit.* 675. *& ſeq.*

Veritas *rerum an erroribus vitietur.* 81.

Verſum *in rem alterius quid, quam late pateat actio inde nata,* 571. *an hæc ſit una eademque cum actione de peculio,* 572. *num detur etiam, ſi non bene ceſſerit quod in rem vertendum erat,* 573. *quomodò ea teneatur dominus è facto ſervi præpoſiti, qui boves vendidit, alios redemit, neque prò his pretium ſolvit venditori.* 54. *& ſeq.*

Viæ *ſervitus an rectè à veteribus definita.* 355.

Vim *propulſare an pertineat ad Jus Gentium.* 13.

Vindicatio *num detur à pacto ſuper pignore inito in gratiam debitoris.* 540.

Vindiciæ *ab App. Claudio contra Virginiam decretæ quales.* 34. & 35.

Viſionis *vox defenditur.* 282.

Ulpianus *an rectè ſcribat Jus eſſe dictum à Juſtitia.* 9, & 10,

Uſufructuarius *an novum rivum imponere parietibus & ædes inchoatas conſummare poſſit,* 336. *quatenus habeat Jus accreſcendi,* 33. & 339. *an uterque fructuarius, qui alternis annis habent uſumfructum, ſuo conſenſu concurrant* 341. *an fructuario ſit jus vindicandi ſervitutes.* 349.

Uſufructu *navis legato quid contineatur,* 322.

322. *uſumfructum agri qui habet, an huic condictio furtiva detur de fructibus ablatis*, 323. *an verus ſit uſusfructus veſtium*. 324.

Uſura *ſitne divino & naturali jure licita*, 756. & ſeqq. *uſura trapezitica an inter Chriſtianos probari poſſit*. 758. *quem uſura legitimum habeat modum in jure*, 755. *an valeat pactum uſuræ majoris, ſi minores ad diem ſolutæ non fuerint*, 761. *num recte Fiſcus uſuras accipiat è Contractibus, non vero det*, 762. *cur non valeat uſura uſuræ*, 763. *poſſintne peti uſuræ, non expreſſa quantitate earum in Chirographo*, 764. *an creſcant ultra duplum*. 766.

Uſus *quid tribuat*, 352. *apud alium an uſus, apud alium vero fructus eſſe poſſit*, 355. *uſus ſylvæ num differat ab uſufr.* 356. *quemadmodum uſus exerceri debeat*. 357.

Uſusfructus *cum proprietate conſolidatus pendente conditione ſub qua proprietas erat legata tertio, num pereat exiſtente conditione*, 344. *num alternis annis legatus non utendo amittatur*, 346. *an uſusfr. fundi pereat, ſi fundum vendat proprietarius qui conduxerat illum à fructuario*, 347. *ubinam eſſe debeat uſusfructus, ſi fundus detracto uſufr. legatus ſit, & ejuſdem uſusfructus alii relictus ſub conditione*. 350. & ſeq.

Uſusfructus *an cadit in diviſionem inter cohærede*. 430.

Uſusfructus *quo jure pertineat ad Emptorem qui fundum emit detracto uſufructu pene tertium exiſtente, & deinde finitur*. 753. & ſeqq.

X.

XEnia & *munuſcula num recte Magiſtratibus Rom. permiſſa*. 79. & 80.

IN-

Digitized by Google

INDEX
AUTORUM,

Qnorum in hoc Opere cenſura & auctoritas oppoſita Juri Romano refertur ac refellitur.

AMeſii *cenſura adverſus definitionem Juſtitiæ & præcepta Juris proponitur ac refellitur.* 15. 16. 17. 18.

Ejuſdem *cenſura* de *Actionibus b.f. & ſtricti juris examinata.* 160. *de luſu aleæ licito vel ſecus,* 453. *de ſponſionibus incerti eventus in Jure probatis.* 480.

Autumni *cenſura notata ad* l. 7. §. ult. d. Pact. 117.

Ejuſdem *cenſura rejecta ad* l. 8. §. 1. d. Neg. geſt. 164. *ad* l. 19. §. 3. Eod. 165. *ad* l. 27. & 44. Eod. 166. 167. l. 17. quod met. c. 176. *ad* l. 9. §. 1. & ult. d. dol. mal. 182. & 184. *ad* l. 41. d. Minor. 199. *ad* l. 29. Ex quib. c. mai. 207. *ad* l. 27 §. 3. d. recept. qui arb. 219. *ad* l. 8. §. 5. d. Inof. teſt. 243. *ad* l. 8. §. 14. eod. 254. *ad* l. 10. eod. 258. *ad* l. 28. d. hær. pet. 274. ad l. 20. §. 16. eod. 275. item §. 18. & ult. ejuſd. l. 276. ad l. 22. eod. 277. l. 25. pr. & §. 1. eod. 279. *ad* §. XI. & XV. ejuſd. l. 281. *ad* l. 52. eod. *ad* l. 3. Si pars. hær. pet. *ad* l. 9. eod. 290. in l. 10. & 15. d. R. V. 298 & ſeq.

Ejuſden *cenſura in Jus Romanum circa doctrinam de dominio per acceſſionem artificialem acquirendo proponitur ac reſe!-litur,* 301. *ut & de eo quod b. f. poſſeſſor ſumptus à ſe factos compenſare cogatur cum fructibus perceptis ante lit. cont.* 306 *rurſus in* l. 80. d. R. V. 317. *ad* l. 12. §. 1. & 5. d. Uſufr. 322. & ſeq. *ad* ll. 30. 33. §. 1. 36. §. 1. eod. 331. & ſeq. *ad* L. 46. eod. 334. l. 61. eod. 336. l. 10. d. Uſufr. accr. 340. l. 2. §. fin. Quib. mod. uſufr. amit. 341. l. 17. eod. 344. l. 29. eod. 347. l. 1. Si Uſusf. pet. 349. l. 4. eod. 350. *in* l. 21. d. S. U. P. 367. l. 28. eod. 368. l. ult. eod. 375. l. ult. Si ſerv. vind. 381. l. 24. d. S. R. P. 384. l. 26. eod. 385. l. 5. Com. Præd. 386. l. 8. §. 4. Si ſerv. vind. 390. l. ult. ſi quadr. paup. fec. dic. 399. l. 11. pr. ad Leg. Aquil, 408. l. 49. §. 1. & l. 52. §. 2. eod. 416. & *ſeq.* l. 55. eod. 418.

Ejuſdem *cenſura propoſita & confutata* de

Digitized by Google

d. l. 25. §. 8. Fam. erc. 431. l. 35. & l. 36. cod. 432. & 433. l. 7. §. fin. Com. divid. 537. l. 20. cod. 438. l. xi. l. 13. l. 14. d. Reb. cred. 457. & *ſeq.* l. 18. cod. 453. l. 20. & 21. cod. 454. & *ſeq.* l. 41. d. tit. 488. *ad* l. 4. & 5. d. Jurejur. 491. l. 26. cod. 495. l. 1. §. 1. d. Condict. cauſ. dat. dat. non ſec. 499. l. ult. d. Condict. ob turp. vel injuſt. cauſ. 523. l. 19. §. 1. d. Condict. indeb. 525. l. 21. Commod. 535. l. 22. d. Pign. act. l. 30. cod. 549. l. ult. d. Exerc. act. 553. l. 2. §. 2. & 3. ad Leg. Rhod. 556. l. 9. §. 2. d. Scto Maced. 565. l. 3. §. 5. & 8. d. in rem verſ. 573. l. 16. cod, 584. l. 12. §. 8. Mand. 605. l. 16. cod, 607. l. 26. §. 6. cod. 608. l. 52. cod. 613. l. 59. §. 5. cod. 615. l. 60. §. fin. cod. 620. l. 23 Prò Soc. 624. l. 52. §. 10 cod. 631. l. 61. & l. 62. cod. 634. & *ſeq.* l. 33. d. Contrah. empt. 664. l. 34. cod. 666. l. 35. §. fin. cod. 668. l. 43. cod. 668. l. 50. cod. 684. l. 58. cod. 675. l. 77. cod. 678. l. 16. d. Addict. in diem, 680. l. 9. d. reſc. vend. 690. l. 3. §. 1. d. Act. empt. 693. l. 7. cod. 694. l. xiii. §. 6. cod. 695. eâdem lege §. 14. & §. 17. 696. & *ſeq.* l. xv. cod. 698. l. 21. §. 2. cod. 699. l. 42. cod. 700. l. xxv. §. 4. Locat. 709. l. 6. d. Pignor. 724. l. 10. cod. 725. l. 26. §. 1. cod 734. l. 9. §. 3. Qui pot in pign. 741. l. 10. qu. mod. pign. ſolv. 747. l. 12. Eod. 749. l. 6. §. ult. d. Æd. Ed. 752. l. 46. d. Evict. 753. l. 26. d. Probat. 556. l. 29. cod. l. ult. cod. 580.

B.

Bachovii *in* l. 2. §. 4. 8. & 24. d. O. l. *cenſura duplex examinatur.* 28. 29. 30. 34.

Ejuſdem *cenſura in* l. 6. d. his qui ſui vel al. jur. *rejicitur.* 62.

Ejuſdem *cenſura in* l. 3. d. Rer. diviſ. *rejicitur.* 69.

Ejuſdem *cenſura notata ad* l. 8. §. ult. d. Pact. 118.

Ejuſdem *cenſura refellitur ad* l. 8. §. ult. d. Distract. pign. 842. *conſideratur ejus interpretatio ad* l. 12. pr. qu. mod. pign. ſolv. 850. *in* §. 6. Inſt. de Obl. Qu. cont. 525.

Beroaldi *ſententia de concurſu legi Aquiliæ & Corneliæ profertur, & oſtenditur eam non obſtare* l. 23. §. 9. ad Leg. Aquil. 411.

Brunemanni *nota removetur ad* l. 4. §. 1. d. Leg. Comm. 682. l. 5. d. reſc. vend. 685.

Budæi *ſententia de Jure naturæ cum brutis communi.* 10.

Ejuſdem *de Tarquinio Damarati ſententia refertur.* 26.

Ejuſdem *ſententia de uſu ſine fructu, & Ulpiano hac in re ſibi contrario.* 355.

C.

Caroli *Magni cenſura de nominibus divinis Principibus tributis.* 45.

Chamberlanus *laudatus.* 62.

Connaul *animadverſio in doctrinam de ſpecificat exponitur.* 309.

Contii *aliorumque contra Juſtinianum Cenſura, de mutandis veterum Ictorum dictis, tollitur.* 7. & 8.

Coraſii *lectio ad* l. ult. d. Off. Præf. urb. *improbatur.* 75.

Cypriani *cenſura removetur in* l. 2. qui pot. in pign. 738.

Cujacii *de Principe ſemet ipſum Legibus obligante ſententia exploſa.* 39.

Ejuſdem *aliorumque ſententia de aureo prò mille ſeſtertiis poſito in libris veterum, diſcutitur.* 91.

Ejuſ-

Cujacii *opinio de* l. 6 d. Tranſact. *improbata* 127. *item de* l. 7. d cap. min. 202.

Ejuſdem *opinio examinatur, in quantum teneatur verus poſſeſſor hæreditatis, & ſimul is qui poſſidere dolo deſiit,* 272. *ejus emendatio & ſententia de* l. 40. d. S. U. P. *improbata,* 373. *item ad* l. 61. d. Uſufr. 376. *probata ad* l. 37. Fam. erc. 435.

Ejuſdem *excuſatio prò Neratio in* l 3. § v. d. condict. cauſ. dat. non ſec. *probata,* 504. *diſſeritur de explicatione illius, cur Societas non tranſeat ad heredes,* 638 *ut & de ſenſu* l. 69. Pro Soc. 641. *ἰπιεικεια ejus de Papiniano mutante reſponſum ſuum & retractante laudatur,* 692. *emblematica nota ejus in* l. 25. d. Locat. *admittitur,* 708 *ac emendatio* l. 2. Qui pot. in pign. 739. *agnoſcitur ejus emblematica criſis in* l. 25. d. Probat. 772. & ſeqq.

E.

Eckii *Viri Cl. cenſuræ in Gajum,* l. 9. d. Reg. *examinatur,* 457.

F.

Ant. Fabri *cenſura ad* l. 15. & 16. d. Stat. Hom. *refellitur.* 51. 52.

Ejuſdem *cenſura diſcutitur ad* l. 1. Si quis in jus voc. non ier l. 7. §. 2. l. 8. pr. Qui ſatiſd. cog. 93. 94. 95. *item ad* l. 4. §. 5. l. 9. §. 1. l. 10. §. 1. d. Edendo, 98. 99. 100.

Ejuſdem *cenſura ad* l. 7. §. 6. & §. 8. d. Pact. *examinatur.* 105. & 106.

Ejuſdem *cenſura refellitur ad* l. 7. §. 16. d. Pact. 115. ad §. 18. ejud. Legis, *Ibid. ad* l. 21. §. 1. & 2. l 25. & 26. l. 27. §. 4. l. 30. §. 1 eod. 119. & ſeq.

Ejuſdem *cenſura ad* l. 7. §. 1. & 2. l. 9. §. ult. d. Transact. *rejecta* 128. & 129. & *ad* l. 1. §. 5. d. Poſtul. & l. 1. §. 9. & 10. eod. 133. & 134. l. 6. §. 8. l. 9. l. 11. §. 1. 2. d. his qui infam. not. 140. & *ſeq. ad* l. 15. l. 27. §. 1. l. 39. §. 7 l. 72. d. Procur. 146. 148. 150. 151. *item ad* l. 8. & l. 13. d. Neg geſt. 162. & 165. *ad* l. 1. §. 3. l. 8. d. Calumniat. 170. & 172. *ad* l. 3. §. 4. l. 7. §. 10. l. 24. l. 27. §. ult. d. Minor. 190 & *ſeq.* 196. 197. ad l. 15. §. 3. & l. 17. Ex quibus cauſ. maj. 205 206. *ad* l. 21. § 9. d. Rec. qui arb. 217. *ad* l. 27. §. 4. eod. 221. l. 30. eod. 222. l. 32. §. 16 l. 43. eod. 224. *ad* l. 2. §. 2. & 3. d. Judic. 228. 230. l. 3. § ult. eod. 231. l. 31. l. 21. § 5 eod. 233. & *ſeq.* l. 75 eod. 236.

Ejuſdem *ſententia exponitur de intellectu* l. 28. Com. div. 440. *de mutuo Civitatum.* 477.

Ejuſdem *fictus Tribonianiſmus demonſtratur in* l. 8. d. Inoff. teſt. 249. & *ſeq. in* l. 17. §. 1. eod. 260. l. 22. eod. 261. l. 27. & 28 eod. 262. l. 31. & l. 32. eod. 265. l. 7. d. hær. pet. 267. l. 13. eod. 270. l. 25. §. xv. & 16. eod. 282. l. 38. eod. 285. l. 51. eod. 186. l. 37. d. R. V. 305. *de* l 68. eod. *quid ſentiendum, prolixe diſſeritur* 319. & *ſeq. an & manus Triboniani appareat in* l. 14. §. 10. d. Serv. cor. 450. l. 11. d. Relig. 459. l. 20. d. reb. cred 474. l. 4. §. 2. & 3. d. in lit. jur. 497. l. 5. eod. 499. l. 3. §. ult. d. Condict. cauſ. dat. 504. l. 5. eod. 505. & *ſeq.* l. 6. & l. 7. eod. 414. & *ſeq.* l. 14. pr. d. Pig. act. 539. l. 24. eod. 544. & *ſeq.* l. 1. §. 9. d. Exerc. act. 550.

Ejuſdem *ſententia exponitur de* l. 29. §. 2. ad Leg. Aquil. 413. *item ad* l. 5. §. 4. d. his qui effud. vel dejec. 421. l. 4. pr. & § ult. Fin. reg. 425. & *ſeq.* l. 14. §. 1. Fam. erc. 430. l. 28. Com. div. 440. l. 12. §. 3. ad Exhib. 453. l. 1. d. Aleat. 452.

Digitized by Google

452. l. 9. d. Relig. 458. l. 1. d. reb. cred. 471. l. 5. §. 1, d. Jurejur. 493 l. 13. eod. 494. l. 3 §. 1. d. Condict. cauſ. dat. non ſec 501. l. 16. d. Condict. indeb. 528. l. 1. d. Condict. furt. 529. l. 3. §. 2. Commod. 534. l. 17. §. 3. eod. 536. l. 22. d. Pign. act. 543. l. 52. Madd. 613. l. 26. d. Contrah. empt. 662. l. 47. Locati. 712.

Ejuſdem *an juſta cenſura in* l. 4. §. 2. ad Leg. Rhod. de Jactu. 557. l. 17. §. 3. d. Inſt. act. 561. l. 7. §. 1. d. Pecul. 567. l. 8. §. 10. ad Sc. Vel. 583. l. 1. §. 22. & § 36. Depoſiti, 590. l. 5. §. 2. Depoſ. 591. l. 12. §. 1. eod. 592. l. 14. eod. 593. l. 22. eod. 594. l. 10. §. 12. Mandati, 598. l. 29. §. 5. eod. 610. l. 58. d. Contr. empt. 676. l. 1. d. reſc. vend. 684. l. 50. d. Act. empt. 703. l. 53. eod. 703. l. 5. §. 9. d. Præſc. verb. 719. l. 16. §. 6. & 8. d. Pign. & hypot. 717. & *ſeq.*

G.

Gellius *cum Cajo conciliatus in* l. 1. d. Adopt. 64.

Giphanii *cenſura tollitur in* l. 44. d. Act. empt. 701.

Goveani *cenſura contra Florentinum in* l. 3. d. Juſt. & Jur. *examinatur.* 13.

Ejuſdem *de Lege Tribunitia opinio.* 18.

Groenewegii *cenſura ad* l. 1. d. Edendo, *refellitur.* 97.

Ejuſdem *cenſura rejecta ad* l. 17. §. 4. d. Pact. 118. ad l. 1. C. de Jurejur, 186. l. 3. Ex qu. c. Major. 109.

Ejuſdem *cenſura refellitur ad* l. 30. d. Rec. qui arb. & l. 33. eod. 333. & *ſeq.* ad l. 39. d. R. V. 304. l. ult. d. S. U. P. 305. l. 19. d. S. R P. 313, l. ult. Com. Præd. 387, in l. 29. §. pen. ad Leg. Aquil. 415. l. ult d. his qui effud. vel deject. 422. l. 35. d. Relig. 461. l, 28. d. Condict. indeb. 521. *b.* l. 18. d. Condict. furt. 531. l. 8. §. 3. d. Pign. act. 538. l. ult. d. in rem vers. 576.

Ejuſdem *cenſura refellitur ad* l. 60. §. 1. Mandati, 617. l. 63. Prò Soc. 636. l. 64. d. Contrah emp. 677. l. 47. d. act. empt. 702. l. 6. & 10. d. Pignor. 734. & *ſeq.* l. ult. in quib. cauſ. pign. vel hyp. tac. 737. l. 9. §. 3. Qui pot. in pign. 740. l. 7. §. fin. qu. mod. pign. ſolv. 746. l. 44. §. 1. d. Ædil. Ed. 753. l. 17. §. 5. d. Uſur. 762. l. 41. §. fin. d. Uſur. 764. l. 18. d. Teſt. 84.

Grotii *cenſura in doctrinam Ulpiani* l. 5. §. 1. d. R. V. *refellitur*, 294. *item in ſententiam Juris Civilis, quâ fœtus animalium acquiri dicuntur genitricis domino*, 295. *rurſus adverſus illam acquiſitionem, quâ dominus totius fit dominus etiam alienæ partis illi adjunctæ*, 302. *iterum in doctrinam Juris Romani de ſpecificatione.* 310.

Ejuſdem *ſententia de cæde furis nocturni, ſecundum legem Evangelicam, expenditur*, 404. *ejuſdem opininio de rebus amiſſis, quarum recuperatio penè deſperata eſt, an meritò diſcrepet ab Ulpiano in* l. 8. §. ult. Fam. erc. & l. 44. d. A. R D. 428. *reprehenſio Juris Civilis de Stipulatione alii facta tollitur*, 462 & *ſeq. illius expenditur opinio de repetitione ejus quod meretrici datum eſt*, 521. *ac Cenſura de actione exercitoria contra plures dominos, ſingulos inſolidum danda ex jure Rom.* 552. *emendatio Grotiana laudatur in L* ἀξίωσις, d. Leg. Rhod. 559. *ejus ſententia de partibus æquis in ſocietate ſimpliciter inita confertur cum jure Rom.* 626. *error demonſtratur in interpretatione* l. 13. §. ult. Locati. 104.

Hob-

H.

Hobbeſii *de ſtatu naturæ ſententia exponitur.* 14.

Hotomanni *emendatio in* l. ult. d. Off. Præf. urb. *improbata.* 76.

Ejuſdem *emendatio laudata in* l. 6. §. 1. d. Off. Præt. 81.

Ejuſdem *ſententia examinatur ad* l. 7. d. cap. min. 203.

Ejuſdem *cenſura in definitionem Actus & itineris refellitur*, 376. *in* l. 4. §. 1. d. Interrog. in jur. fac. 447. l. 40. d. Reb. cred. 485. *ut & in triplicem rubricam de* Jurejurando, 488. l. 32. depoſ. 556.

Ejuſdem *cenſura rejicitur ad* l. 4. §. 1. d. Naut. fœn. 767. in l. 5. eod. 70.

L.

Leonis Imp. *de voluntaria ſervitute opinio* 48. *pariterque cenſura in jus Romanum ſublata.*

Ejuſdem *cenſura de adoptione Spadonibus negatâ.* 65.

M.

Matthæi (*Ant.*) *adverſus Juſtinianum cenſura de Antomiis examinatur.* 3. & 4.

Ejuſdem *cenſura*, *de Jure antiquato in* Inſtitutionibus *relato vel non*, *examinatur atque rejicitur.* 21. & 22.

Ejuſdem *cenſura in L. Princeps* 31. d. LL. *examinatur* 38. 39. & *ad* l. 2. d. Stat. hom. 46.

Ejuſdem *cenſura ad* l. 2. §. 1. d. Off. Præſ. & Leg. ac l. ult. d. Off. Proc. Cæſ. *rejecta.* 77. & 78.

Ejuſdem *cenſura ad* l. 16. §. 4. d. Minor. *exponitur & removetur*, 194. *ut & duplex ejuſdem nota de* Legitima *quæ liberis injuſte exheredatis debetur*, 246. *reſpondetur ejus cenſuræ ad* l. 2. d. S. R. P. 380. ad §. 2. Inſt. de Act. 392. ad §. 4. eod. 318. l. 61. d. Uſufr. 336. *de tertio capite Legis Aquiliæ*, 400. *de comparatione ſervi & quadrupedis in eâdem Lege* 401. *ut & imperitia Mediciſecus ac Jcti*, 402. *de actione legis Aquiliæ non tranſitoria in hæredes.* 409.

Ejuſdem *cenſura in* l. 33. d. reb. cred. *tollitur*, 479. §. 30. Inſt. d. Act. 585. l. 28. d. Contrah. empt. 663. *rationes quibus uſuræ inſtitutum refellat, examinantur*, 756. & *ſeq. purgatur item* l. 2. d. Ritu Nupt. 797. l. 34. §. 2. cod. 102.

Mæſtertii *ſententia de Pactis nudis obligationem non parientibus propoſita & rejecta.* 102.

Ejuſdem *ſententia de retractandis contractibus innominatis.* 501,

Menagii *cenſura in definitionem viæ removetur.* 377.

Mornacii *nota proponitur & diſcutitur de* l. 2. §. 18. & 19. d. hær. vel act. vend. 683. de l. ult. d. Probat. 780. l. 3. d. Fid. inſtrum. 782.

Vander Meulen, Viri Cl. *cenſura rejicitur ad* l. XIII. d. Condict. furt. 530. *in Sctum Vellejanum*, 583. *expenditur opinio de uſura trapezitica.* 768.

N.

Noodtius *Vir Cl. laudatur.* 84. *ejuſque ſententia examinatur de publicarum & communium rerum differentiâ*, 67. & 68.

Ejuſdem *Vir Cl. cenſura in Scævolam* l. 3. & l. 14. d. Tranſact. *modeſte conſiderata & improbata*, 124. & *ſeq. item ad* l. 7. pr. dol. mal. 179.

Ejuſdem *Viri Cl. criſis in* l. 10. d. Uſu & hab. laudatur, 354. *an & juſta ſit in* l. 5. §. ult. Uſufr. qu. cav. 358. *haud probatur ea quam ſtringit in Ulpianum*,

 l. 5

l. 5. d. Leg. Aq. 406. *in eundem*, l. 5, §, 4. d. his qui effud. vel dejec. 421. *laudatur illa quam tentat in* l. ult. d, Condict. cauſ. dar. c. non ſec. 519. l. 13. §. 1. d. Pign. act. 541.

P.

Pagenſtecherus *Vir Cl. laudatus.* 8.

Puffendorfii & *aliorum ſententia de Jure naturali & gentium uno eodemque refellitur.* 11. & 12.

Ejuſdem *de immutabilitate Juris naturæ ſententia examinatur.* 24. & 25.

S.

Suetonius *in vita Cæſaris C.44. conciliatur cum Juſtiniano in Conſtit. Dedit nobis Deus*, 2. & 3.

Sigonii *de lege Tribunitia opinio* 27.

V.

Voetii (*Pauli*) *de religione ſepulcrorum ſententia examinatur*, 455.

W,

Wiſſembachii *cenſura ad* l. 1. §. x. d. O. l. *remota* 31. *ut* & *ad* l. 3. d. Conſt. Princ, 45.

Ejuſdem *cenſura adverſus jus vitæ & necis dominorum in ſervos.* 57.

Ejuſdem *notata cenſura in* l. 2. d. Adopt. 63.

Ejuſdem *cenſura in* l. ult. d. rer. diviſ. *examinatur* 71, & ad l, ult. d. Senat. *Ibid.*

Ejuſdem & *aliorum ſententia de emblemate Tribonirni in* l. 7. §. 12. d. Pact. *late exponitur*, 107. & *ſeqq.*

Ejuſdem *cenſura de fictione actionis Publicianæ refellitur*, 318. *iterum ad* l. 11. §. ult. quib. mod. uſusfr. amjt. 343. ad §. 2. Inſt. de Act. 352. ad l. 1. Si quadr. paup. fac. dic. l. 1. §. 1. d. Inter. in jur. fac. 445. l. 13. d. Serv. cor. 448 l. 1. d. Aleat. 451. *de ſponſionibus incerti eventus jure probatis.* 480.

Ejuſdem *cenſura examinatur in Ulpianum* l. 4. §. 1. d. Condict. ob turp. vel injuſt. cauſ. 521. l. 1. d. Condict. furt. 529. l. 9. §. 7. d. pecul. 569. l. 1. Pro Soc. 623. l. 30 eod. 628. l. 2. §. 1, d. Contrah. empt. 649. *ſententia de venditore non cogendo ad tradendum, prolixe confutata*, 657. *nec non cenſura ejuſdem in* l. 25. §. 1. d. Contrah. empt. 660. l. 1. pr. d. Uſur. 755. *de uſuris uſurarum opinio conſideratur.* 764.

F I N I S.

ANT 1318822

Digitized by Google